Die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

eingereicht von

Georg Marx
Referendar beim Oberlandesgericht in Breslau

Breslau 1911.
Buchdruckerei F. W. Jungfer, Harrasgasse 2.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Fischer.

Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bechmann = B., System des Kaufes nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.

BGB Rg. = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Herausgegeben von Reichsgerichtsräten.

Behrend = B., Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Berlin 1886.

Biermann = B., Bürgerliches Recht: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Berlin 1908.

Boehm = B., Das sogenannte Selbstkontrahieren des Vertreters. Inaug.-Diss. Greifswald 1903.

Breit = B., Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 5. Aufl. Leipzig 1899.

v. Canstein = v. C., Lehrbuch des Wechselrechts. Berlin 1890.

Cohen = C., Das sogen. Selbstkontrahieren des Vertreters nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Rostock 1901.

Cohn = C., Bestellung von Grunddienstbarkeiten zugunsten eines Grundstücks desselben Eigentümers. D. J.-Z. 1901. S. 23.

Cosack = C., Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Jena 1909.

Cosack, Handelsrecht = C., Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. Stuttgart 1898.

Dernburg = D., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Halle 1906.

Dernburg, Preuß. Privatrecht = D., Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Halle 1897.

Dernburg, Vormundschaftsrecht = D., Das Vormundschaftsrecht. Berlin 1886.

Dopatka = Umfang und Wirkung des Selbstkontrahierens (Vornahme von Geschäften mit sich selbst). Inaug.-Diss. Breslau 1909.

Du Chesne = Du Ch., „Das Kontrahieren mit sich selbst" im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß. Leipzig 1902. Bd. 12.

Eck = E., Besprechung: „Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht von Dr. Max Rümelin" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 39.

Endemann = E., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus = E. = Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 4./5. Aufl. 1909.

Fischer = F., Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1886.

Fischer-Henle = F.-H., Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. München 1909.

Förster-Eccius = F.-E., Preußisches Privatrecht. Berlin 1896.

Friedrichs = F., Die Dienstbarkeit an dem eigenen Grundstücke: im Recht 1901. S. 512.

Frommhold = F., Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Gareis = G., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Grünhut = G., Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

Güthe = G., Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1905.

v. Hahn = v. H., „Beitrag zur Lehre vom Kommissionsgeschäft" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 29.

Hangen = H., Auseinandersetzung zwischen Minderjährigen ohne widerstreitende Interessen. D. J.-Z. 1902.

Hölder = H., Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.

Hölder, Vormundschaftsrecht = H., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Familienrecht. Dritter Abschnitt: Vormundschaftsrecht. München 1909.

Huber = H., Die Eigentümerdienstbarkeit. Festschrift für Fitting, Bern 1902.

Hupka = H., Die Vollmacht. Eine zivilistische Untersuchung. Leipzig 1900.

Jäger = J., Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.

Jhering = J., „Passive Wirkungen der Rechte. Ein Beitrag zur Theorie der Rechte" in Jherings Jahrbücher. Bd. 10, Seite 387 ff.

Kohler = K., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1906.

Kohler, Zwölf Studien = K., Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1900.

Kuhlenbeck = K., Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Lehmann = L., Lehrbuch des Deutschen Wechselrechts. Stuttgart 1886.

Lehmann-Ring = L.-R., Kommentar zu den Nebengesetzen: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Lenel = L., „Stellvertretung und Vollmacht" in Jherings Jahrbüchern Bd. 36, S. 1 ff.

Leonhard = L., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Leonhard, Besprechung = L., Besprechung: „Das constitut. possess. im römischen und heutigen Rechte von Dr. Harburger" in der kritischen Vierteljahrsschrift von Brinz u. Seydel N. F., Bd. 4.

Lepa = L., Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. Stuttgart 1883.

Matthias = M., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1900,

Meißels = M., Besprechung: „Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht von Dr. Max Rümelin" in Grünhuts Zeitschrift. Bd. 18.

Muskat = M., „Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst" in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. 33.

Neumann = N., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1909.

Oberneck = O., Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Berlin 1909.

Oertmann = O., Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1909.
Planck = P., Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1903.
Przibilla = P., „Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter" in Iherings Jahrbüchern Bd. 50.
Rehbein = R., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I. Berlin 1899.
Römer = R., „Rechtsgeschäft des Stellvertreters mit sich selbst nach römischem und gemeinem deutschen Recht" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 19.
Ruhstrat = R., „Über einige wichtige Grundsätze der negotiorum gestio" in Iherings Jahrbüchern Bd. 27.
Rümelin = R., Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Freiburg 1888.
Salmann = S., „Die duplex persona im Handelsrecht" in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht. Bd. 41.
Schmidt = Sch., Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Inaug.-Diss. Greifswald 1904.
Siebdrat = S., „Der Einfluß des § 181 auf die Vertretungsmacht des Gewalthabers, des Vormundes und des Pflegers" im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. Bd. 2.
Siebert = S., Kann nach gemeinem Recht der Stellvertreter mit sich selbst kontrahieren? Inaug.-Diss. Erlangen 1896.
Staub = St., Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1906.
Staub, Wechselr. = St., Kommentar zur Wechselordnung. 6. Aufl. Berlin 1909.
Staudinger = St., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl. 1910.
Thoel = Th., Das Handelsrecht: II. Bd. Das Wechselrecht. Leipzig 1878.
Turnau-Förster = T.-F., Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. 3. Aufl. Paderborn 1906.
Urban = U., Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters im Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss. Straßburg 1907.
Viefhaus = V., Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. Inaug.-Diss. Erlangen 1895.
Windscheid = W.-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl.
Wolff = W., Die Stellung des Testamentsvollstreckers. Inaug.-Diss. Berlin 1902.

Rechtsprechung und Rechtsquellen.

Bayr. OLG. = Sammlungen von Entscheidungen des Bayr. obersten Landesgerichts in Zivilsachen und Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs. Erlangen.
Corpus iuris civilis recognoverunt Krüger-Mommsen.
Denkschrift = Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
D. J.-Z. = Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub.
EFG. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.

JW. = Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwalt-Vereins.

KG. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Herausgegeben von R. Johow.

Motive = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1—4. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan = M., Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Dr. Hs. Th. Soergel.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft.

ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.

Rspr. d. OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von B. Mugdan und R. Falkmann. Leipzig.

Protokolle = Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.

Seuff. Arch. = Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Herausgegeben von J. A. Seuffert, München.

Seuff. Bl. = Blätter für Rechtsanwendung. Herausgegeben von Seuffert.

Warneyer = W., Jahrbücher der Entscheidungen.

Abkürzungen für Gesetze.

ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

GBO. = Grundbuchordnung vom 24. März 1897, in der Fassung vom 20. Mai 1898.

HGB. = Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897.

WO. = Allgemeine Deutsche Wechselordnung in der Fassung vom 3. Juni 1908.

ZPO. = Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 in der Fassung vom 1. Juni 1909.

Ohne Gesetzesbezeichnung angeführte Paragraphen betreffen das Bürgerliche Gesetzbuch.

Einleitung.

□□□

I. Begriff und Wesen des Selbstkontrahierens.

§ 1.

Die Grundlage des Selbstkontrahierens bildet die direkte Stellvertretung.

§ 181 BGB. regelt die Frage der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst, das sogen. Selbstkontrahieren, indem er bestimmt:

„Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.“

Die Gesetzesvorschrift enthält die beiden Fälle des Selbstkontrahierens, die folgendes Beispiel erläutert:

A ist Generalbevollmächtigter des B und zugleich des C, die ihm beide die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst gestattet haben. Ohne mit B bezw. C zu verhandeln, verkauft er, indem er den Kaufvertrag mit sich selbst abschließt:

a) eine dem B gehörige Sache an sich selbst;
b) eine dem B gehörige Sache an C.

Das Wesen des Selbstkontrahierens kann daher am besten dahin gekennzeichnet werden: das Handeln zweier Personen wird durch das einer Person ersetzt.

Dies bedeutet eine wichtige und grundlegende Ausnahme von den allgemeinen die Rechtstheorie und den Verkehr beherrschenden Grundsätzen. Denn bei den häufigsten Arten von

Rechtsgeschäften, den zweiseitigen und einseitigen empfangsbedürftigen[1]), findet regelmäßig eine Teilnahme von wenigstens zwei Personen statt. Das Selbstkontrahieren bildet eine Durchbrechung dieser Regel. Derselbe Erfolg, zu dessen Herbeiführung sonst das Handeln zweier Personen erforderlich ist, wird durch eine Person erzielt.

Wenn dies möglich sein soll, muß diese Person imstande sein, durch ihre Willenserklärung von der Rechtsordnung anerkannte Wirkungen gegenüber einer fremden Person herbeizuführen, die diese unmittelbar verpflichten.

Dies muß die Grundlage und den Ausgangspunkt für die Erörterung der Frage nach der Möglichkeit des Selbstkontrahierens bilden.

Denn wenn z. B. A mit Befugnissen ausgestattet ist, die es ihm ermöglichen, das Handeln des B zu ersetzen, er also einen Vertrag mit D abschließen kann mit der Wirkung, daß lediglich B daraus verpflichtet wird, so liegt die Frage nahe: Kann nicht A diesen Vertrag (an Stelle des D) mit sich selbst im eigenen Namen und zugleich für B abschließen?

Diese Voraussetzung, daß das Handeln einer Person durch das einer andern ersetzt wird, liegt vor bei der unmittelbaren Stellvertretung. Der unmittelbare Stellvertreter handelt im Namen und für Rechnung des Vertretenen derart, daß die rechtlichen Wirkungen seines Handelns in der Person des Vertretenen begründet werden.

Kann aber das Selbstkontrahieren nur auf der direkten Stellvertretung beruhen?

Rümelin[2]) hat die Ansicht aufgestellt, daß das Selbstkontrahieren nicht notwendigerweise eine Folge der direkten Stellvertretung sei und daher seine Ausbildung und Entwickelung nicht lediglich in einem Rechtssysteme zu geschehen brauche, das die direkte Stellvertretung kenne, sondern daß auch innerhalb der indirekten Stellvertretung das Selbstkontrahieren möglich

[1]) Wegen der einseitigen nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte sh. S. 16.

[2]) Rümelin S. 24.

sei. Es sei sehr wohl denkbar, daß der indirekte Stellvertreter, durch einen einseitigen Akt unmittelbare Wirkungen für sich und den Vertretenen herbeiführe, also mit sich selbst kontrahiere.

Diese Auffassung ist von verschiedener Seite angegriffen worden mit der Begründung, daß das besondere Merkmal der indirekten Stellvertretung ja gerade die Verneinung jeder direkten Wirkung bilde und ein Selbstkontrahieren des indirekten Stellvertreters daher unmöglich sei.[1])

Man muß u. E. folgende Unterscheidungen machen:

1. Ein Rechtssystem kennt die direkte und indirekte Stellvertretung. Dann ist es natürlich, daß sich das Selbstkontrahieren im Schoße der direkten Stellvertretung entwickeln und — sei es durch Gewohnheitsrecht, sei es durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung — Anerkennung finden, auf dem Gebiete der indirekten Stellvertretung aber der Regel nach ausgeschlossen sein wird.
2. Ein Rechtssystem kennt nur die indirekte Stellvertretung. Dies hindert nicht, daß es in geringerem oder weiterem Umfange das Selbstkontrahieren zuläßt.
3. Sowohl in den Fällen zu 1 als auch in denen zu 2 kann durch Rechtsgeschäft einem indirekten Stellvertreter das Selbstkontrahieren gestattet sein.

Es ist also Rümelin ohne weiteres insofern beizustimmen, daß die indirekte Stellvertretung keinen Hinderungsgrund für die Entwickelung und Möglichkeit des Selbstkontrahierens bildet. Wenn wir aber genauer zusehen, so ist der einseitige Akt des indirekten Stellvertreters — von dem Rümelin spricht — nichts weiter als die Handlung eines direkten Stellvertreters. Im römischen Recht z. B., das die direkte Stellvertretung grundsätzlich nicht kennt, bilden ja gerade die einzelnen Fälle des Selbstkontrahierens gleichzeitig Beispiele für die direkte Stellvertretung, welche ausnahmsweise innerhalb der indirekten Stellvertretung Geltung erlangt hat. Es wäre ein Trugschluß, wenn man annehmen wollte, daß da, wo im Rahmen der in-

---

[1]) Muskat S. 511, Römer S. 78, Schmidt S. 14.

direkten Stellvertretung der Vertreter mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abschließt, er seine Eigenschaft als indirekter Stellvertreter beibehält. In Wirklichkeit handelt er dann lediglich als direkter Stellvertreter. Denn wenn er ein Rechtsgeschäft im Wege des Selbstkontrahierens vornehmen will, muß er in der Lage sein, unmittelbare Wirkungen für den Vertretenen bezw. die beiden von ihm Vertretenen herbeizuführen. Dies ist aber das Wesen des Selbstkontrahierens und zugleich der direkten Stellvertretung. Das erstere ist ohne die letztere nicht denkbar. Selbstkontrahieren und direkte Stellvertretung sind daher zwei voneinander abhängende, nicht zu trennende Begriffe.[1])

Wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, bezieht sich dieser Grundsatz aber nur auf das Hauptmerkmal der direkten Stellvertretung — das auch das des Selbstkontrahieres ist —, die unmittelbare Bindung einer Person durch das Handeln einer andern. Diese besondere Eigenschaft der direkten Stellvertretung wird aber auch andern Rechtsbegriffen eigentümlich sein, die die übrigen Erfordernisse der direkten Stellvertretung — Handeln im Namen und für Rechnung eines andern — nicht aufweisen. Dies trifft besonders zu bei den sogen. Verfügern über fremde Rechte[2]), sowohl bei denen, die in eigenem Namen und eigenem Interesse tätig werden (z. B. dem Ehemann bei Verwaltung des Gesamtgutes im Falle der allgemeinen Gütergemeinschaft), als auch bei denen, die in eigenem Namen, aber fremdem Interesse handeln (z. B. dem Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker). Auf sie ist daher § 181 ebenfalls anwendbar.[3])

Daß das Selbstkontrahieren außerhalb jeder Stellvertretung undenkbar ist, erscheint selbstverständlich und ist nie bestritten worden.

[1]) Dasselbe gilt, wenn durch Gesetz oder durch Rechtsgeschäft einem indirekten Stellvertreter das Selbstkontrahieren gestattet wird. In dieser Gestattung liegt die Ernennung des indirekten Stellvertreters zum direkten Vertreter für den Kreis der Geschäfte, die er mit sich selbst vornehmen kann.

[2]) Sh. Fischer bei Fischer-Henle; Vorbem. zu § 164.

[3]) Sh. S. 89 ff.

Schon Römer[1]) beschäftigt sich eingehend mit dieser Frage und gibt einige gute Beispiele:

„Es ist unmöglich, daß jemand seine eigene Sache kauft, denn er kann nicht etwas erwerben, was er schon in seinem Eigentum hat. Ebenso kann niemand ein das Eigentum beschränkendes Recht an einer in seinem Eigentum befindlichen Sache erwerben; denn es ist ein Widerspruch, daß jemand den Willen hat, eine Sache ihrer Gesamtheit nach und nur zum Teil zu besitzen.[2]) Gleich unmöglich ist es, sich selbst zu verpflichten; denn Herrscher und Beherrschtes können nicht identisch sein. Das Objekt der Herrschaft muß notwendigerweise außerhalb des Subjekts der Herrschaft bestehen."

Nicht zutreffend scheint es uns aber zu sein, wenn man die Unmöglichkeit des Selbstkontrahierens innerhalb des eigenen Rechtsgebietes daraus folgert, daß zum Zustandekommen eines Vertrages die Willenserklärungen zweier Personen erforderlich seien mit Rücksicht auf den Satz des römischen Rechts: est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.[3])

Es kommt nicht so sehr auf die Willenserklärungen zweier Personen an, sondern darauf, daß Rechtsbeziehungen zwischen zwei getrennten, im Eigentume verschiedener Personen stehenden Vermögensmassen erzeugt werden. Nicht das „Kontrahieren", das Handeln zweier Personen ist ausschlaggebend, sondern der „Kontrakt", der Erfolg des Handelns, wenn es auch von einer Person ausgeht. Einen solchen „Kontrakt" kann aber eine Person im Rahmen ihrer eigenen Vermögensmasse nicht vornehmen. Denn selbst wenn es sich um zwei völlig getrennte Vermögensbestandteile handelt, also z. B. der Besitzer mehrerer Güter ein Pferd von dem einen auf das andere schaffen läßt, der Preis auch festgesetzt und aus der einen Kasse in die andere übergeführt wird, so ist doch kein Kaufvertrag und eine damit verknüpfte Übertragung des Eigentums an dem Pferde zustande

---

[1]) Römer S. 67, ähnlich Lepa S. 226.

[2]) Siehe S. 70 ff.

[3]) 1 1 § 2 D. de pactis 2,14; l. 3 pr. D. de pollic. 50,12.

gekommen, vielmehr lediglich eine Änderung in den Vermögensverhältnissen, eine Vermögensverschiebung innerhalb des eigenen Rechtsgebietes.[1 2 3])

§ 2.

Die Möglichkeit und juristische Natur des Selbstkontrahierens.

Über diese Fragen ist besonders unter der Herrschaft des gemeinen Rechts viel gestritten worden.

Diejenigen, welche das Selbstkontrahieren aus logischen Gründen für unmöglich halten, folgern dies aus der Natur des Vertrages. Bechmann[4]) meint, daß der Vertrag sei „eine Einigung zweier selbständiger Willen, die von entgegengesetzten Ausgangspunkten sich einander nähern, um schließlich in einem Punkte zusammenzutreffen. Dieser Einigungsprozeß könne sich aber nicht in der Seele eines einzigen vollziehen. Niemand, auch nicht der Stellvertreter, könne seine Seele in zwei Hälften spalten und diese miteinander kontrahieren lassen." Lepa[5]) legt besonderes Gewicht darauf, daß zum Zustandekommen eines Vertrages vor allem die gegenseitige Erklärung der Vertragswillen gehöre. Dies sei aber beim Selbstkontrahieren unmöglich; denn

---

[1]) Man hat das Selbstkontrahieren innerhalb des eigenen Rechtsgebietes auch unechtes Selbstkontrahieren genannt im Gegensatze zu dem echten Selbstkontrahieren, das auf der direkten Stellvertretung beruht.

[2]) Über § 1009 BGB., der einen Fall des unechten Selbstkontrahierens enthält, siehe S. 68 ff.

[3]) Ein unechtes Selbstkontrahieren liegt nicht vor bei § 1239 BGB., nach welchem beim Verkauf der verpfändeten Sache der Eigentümer mitbieten kann. Es handelt sich hier nicht um den Kauf seiner eigenen Sache. Der Verpfänder will vielmehr die bis zum Verkauf an einen andern in seinem Eigentum befindlichen Pfandgegenstand von der Belastung durch das Pfandrecht frei machen, indem er den Wert desselben an den Pfandgläubiger zahlt. Der Vorgang ist derselbe wie bei der impetratio dominii des römischen Rechts (1 39 D. 18,1). Vgl. Motive III S. 826 = Mugdan III S. 461. Richtig: Urban S. 29. A. M. Dopatka S. 3.

[4]) Bechmann S. 288; ähnlich Leonhard S. 305 und Leonhard, Besprechung S. 327 ff; Förster-Eccius Bd. I S. 426.

[5]) Lepa S. 226 ff.

man könne sich keine Erklärung denken, die der Selbstkontrahent sich selbst abgibt. Muskat[1]) betrachtet als das wichtigste Erfordernis des Vertrages das Vorhandensein zweier Personen, die übereinstimmende Willenserklärungen abgeben. Diese Bedingung sei nur dann erfüllt, wenn die Lehre Savignys richtig wäre, daß bei der Stellvertretung nicht der Vertreter sondern der Vertretene der Kontrahent sei. Da diese Lehre aber falsch sei, sei ein Selbstkontrahieren unmöglich.

Dieser Auffassung steht eine andere entgegen, die das Selbstkontrahieren mit dem Wesen des Vertrages als wohl vereinbar hält, da sie sich auf Savignys Theorie über die unmittelbare Stellvertretung stützt: da der direkte Stellvertreter nur einen fremden Willen äußere, den des Vertretenen, sein eigener Wille aber bei der Vertretung ausgeschlossen sei, so vereinige sich beim Selbstkontrahieren der fremde Wille (des Vertretenen) mit dem eigenen (des Vertreters) zu einem Vertragswillen, und es komme so ein Vertrag zustande.[2])

Rümelin[3]) hat eine diesen beiden Meinungen widersprechende Ansicht aufgestellt: Zwischen dem Vorgang beim Vertragsschluß und dem Selbstkontrahieren bestehe ein grundlegender Unterschied. Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes im Wege des Selbstkontrahierens sei im Gegensatze zu dem zwischen zwei Personen ein einseitiges Rechtsgeschäft, das Vertragswirkungen erzeuge. Dies sei aber nur dann möglich, wenn das Selbstkontrahieren von der Rechtsordnung gebilligt werde, da es eine Ausnahme von dem Grundsatze bilde, daß ein Vertrag nur durch das Zusammenwirken zweier Personen zustande kommen könne. Ohne Zweifel könne aber durch Gesetz eine derartige Ausnahme geschaffen werden.

Die Untersuchungen Rümelins haben den Erfolg gehabt, daß sie die bis dahin dunkle und verworrene Lehre vom Selbstkontrahieren geklärt und die in der deutschen Wissen-

---

[1]) Muskat S. 507 ff.

[2]) So: Römer S. 68; Mitteis S. 197; Behrend S. 344; von Hahn S. 2 ff.

[3]) Rümelin S. 17 ff.

schaft vielfach vertretene Auffassung, als wäre das Selbstkontrahieren etwas begrifflich Unmögliches, fast gänzlich beseitigt haben.[1])

Aber auch in dem jetzt geltenden Rechte herrscht noch keine Einigkeit über Art und Wesen des Selbstkontrahierens.

Viele schließen sich, obwohl sie die veraltete Savignysche Theorie von der unmittelbaren Stellvertretung aufgegeben haben, denen an, die in dem Selbstkontrahieren die Erfordernisse eines Vertrages erfüllt sehen. Sie erblicken keinen Unterschied zwischen Vertragsschluß und Selbstkontrahieren. Ebenso wie bei jenem seien bei diesem zwei Willensentschlüsse vorhanden. Während aber beim Vertragschließen die beiden Willen in den Personen der beiden Vertragsparteien getrennt wären, seien sie beim Selbstkontrahieren in der Person des Selbstkontrahenten vereinigt, und der Vertrag, den dieser abschließe, sei das Ergebnis der Einigung der in seiner Person vorhandenen Willen, entweder seines eigenen mit dem des Vertretenen oder des Willens des einen Vertretenen mit dem des andern.[2])

Diese Auffassung erscheint nicht richtig. Der psychologische Vorgang beim Selbstkontrahieren ist, wie Rümelin richtig erkannt hat, ein ganz anderer als beim Abschluß eines Vertrages zwischen zwei Personen.

Zum Abschluß eines Vertrages ist erforderlich das Vorhandensein zweier Personen und die Einigung ihrer Willen. Nun ist es möglich, daß eine Person zwei Parteirollen in sich vereinigt, wie dies beim direkten Stellvertreter zutrifft. Dieser kann also in seiner Eigenschaft als Privatperson[3]) und Vertreter

---

[1]) Die Möglichkeit des Selbstkontrahierens bestreiten noch jetzt: Ruhstrat S. 147, Förster-Eccius Bd. I S. 426; siehe ferner Du Chesne S. 65, welcher ausführt, daß „ein wirkliches Kontrahieren mit sich selbst nicht möglich sei". Nur in Fällen, in denen das Selbstkontrahieren einer Verfügung gleichkomme, sei es möglich und zulässig.

[2]) So: Dernburg, Vormundschaft S. 169 und 316 Anm. 5; Preuß. Privatrecht § 181 S. 507 Anm. 11; Dernburg I § 170 Anm. 2; Kohler, Zwölf Studien S. 338; Meißels S. 520; Siebert S. 14; Cohen S. 18.

[3]) Boehm S. 16, Anm. 8, gebraucht den Ausdruck „Eigenperson". Jedoch scheint uns das Wort Privatperson deutlicher. Ein Zweifel darüber, daß es im Gegensatze zu Vertreter und nicht zu einer mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestatteten Person gebraucht wird, kann ja nicht entstehen.

oder in seiner Eigenschaft als Vertreter eines Rechtssubjekts und eines andern Rechtssubjekts handeln. Kann er aber auch entsprechend seinen verschiedenen Eigenschaften verschiedene Willen haben? Ist es möglich, daß z. B. ein Vertreter, der eine dem Vertretenen gehörige Sache an sich selbst verkauft, zwei Willen äußert, nämlich

a) ich als Vertreter verkaufe die dem Vertretenen gehörige Sache an mich als Privatperson;

b) ich als Privatperson kaufe von mir als Vertreter die dem Vertretenen gehörige Sache;

und soll die Einigung dieser Willen den Vertrag darstellen?

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß dieser Schluß unrichtig ist. Soll durch Selbstkontrahieren ein Kauf zustande kommen, so ist im Geiste des Selbstkontrahenten der Willensentschluß zu a gleich dem zu b d. h. ein einheitlicher Wille, dem lediglich die beiden Vorstellungen zugrunde liegen, daß er sowohl Verkäufer als auch Käufer ist. Allerdings wird der Vertreter, der mit sich selbst kontrahiert, in den meisten Fällen verschiedenartige Erwägungen anstellen, er wird die beiderseitigen Interessen abschätzen und miteinander vergleichen, ehe für ihn das Geschäft als abgeschlossen gilt. Aber auch dabei ist lediglich sein Wille tätig, und man kann höchstens von einem „Mit sich einig werden“[1]), „sich schlüssig werden“ des Vertreters reden.

Der einheitliche Wille des Vertreters führt aber denselben Erfolg herbei, wie beim Vertragsschluß die Einigung der Willen der beiden Vertragsparteien, er stellt Rechtsbeziehungen her zwischen zwei Vermögensmassen, er bindet zwei Personen.

Demnach ist das Selbstkontrahieren als ein einseitiges Rechtsgeschäft aufzufassen, an das sich Vertragswirkungen anknüpfen d. h. solche Wirkungen, wie sie ein zwischen zwei Personen geschlossener Vertrag äußert.[2])

Daß ein einseitiges Rechtsgeschäft Vertragswirkungen nach sich zieht, widerspricht weder den Regeln der Logik noch den

---

[1]) Viefhaus S. 19.

[2]) Rümelin S. 15 ff.; Salmann S. 372 ff.; Hupka S. 270 ff.; Viefhaus S. 17; Boehm S. 23, 24; Schmidt S. 17, 18. Staudinger I Anm. 1 zu § 181.

allgemeinen Rechtsbegriffen,[1]) wenn dies auch eine Ausnahme von letzteren bildet. Bedenken gegen die Möglichkeit einer derartigen Regel können daher nicht obwalten. Jedoch bedarf sie, um wirksam zu sein, besonderer Anerkennung durch das Gesetz.

Hupka[2]) bestreitet dies, indem er annimmt, eine besondere gesetzliche Regelung des Selbstkontrahierens sei deswegen nicht notwendig, weil das Gesetz die Vereinigung zweier Vermögensmassen in einer Person, die direkte Stellvertretung, anerkenne und daher auch zulassen müsse, daß durch einen einseitigen Akt dieser Person Rechtswirkungen zwischen diesen Massen erzeugt werden. Diese Folgerung erscheint uns nicht richtig. Wenn einer Person die Verfügung über eine fremde Vermögensmasse oder zwei fremde Vermögensmassen eingeräumt wird, so geschieht dies zu dem Zwecke, daß Dritten gegenüber die fremden Vermögensinteressen wahrgenommen werden. Es folgt daraus aber noch nicht, daß der Vertreter Rechtsbeziehungen zwischen seinem eigenen Vermögen und dem ihm anvertrauten fremden oder den beiden fremden Vermögen herstellen darf. Allerdings ist die direkte Stellvertretung, die Vereinigung zweier Vermögen in einer Hand, die Voraussetzung für die Zulässigkeit und Möglichkeit des Selbstkontrahierens, und es lag nahe, aus der Befugnis des Vertreters, mit Dritten für den Vertretenen Geschäfte abzuschließen, zu folgern, er könne auch mit sich selbst und dem Vertretenen ein Geschäft vornehmen.[3]) Aber trotz dieses engen Zusammenhanges bildet das Selbstkontrahieren eine so grundlegende Abweichung von der direkten Stellvertretung und den für den Vertrag geltenden Rechtssätzen, daß es als ein besonderer Rechtsgrundsatz betrachtet werden muß, der wie andere Rechtsregeln gesetzliche Anerkennung finden muß, um im Rechtsleben Geltung zu erlangen.

---

[1]) Sh. S. 5.

[2]) Hupka S. 274.

Auf demselben Standpunkte wie Hupka stehen die Motive Bd. I. S. 224, 225, welche davon ausgehen, daß die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens aus allgemeinen Grundsätzen folge und daher keiner besonderen Regelung bedürfe. Sie setzen daher nur bestimmte Fälle fest, in denen das Selbstkontrahieren verboten ist. Die II. Kommission verwarf diese Ansicht. Sh. S. 20.

[3]) Sh. S. 2, 4.

Nach dem oben Ausgeführten ist der Ausdruck „Selbstkontrahieren“ nicht zutreffend, da es sich nicht um ein Kontrahieren d. h. Vertragschließen des Vertreters handelt, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das die Wirkung eines Vertrages herbeiführt. Er ist auch insofern nicht genau und bezeichnend genug, als er nur die Vornahme von zweiseitigen Rechtsgeschäften umfaßt, nicht aber die von einseitigen empfangsbedürftigen, bei denen es sich lediglich um die Abgabe von Erklärungen an sich selbst handelt.[1]) Jedoch läßt sich das durchaus gebräuchliche Wort „Selbstkontrahieren“ und das weniger schöne, aber kurze und treffende „Selbstkontrahierungsakt“ (das im Wege des Selbstkontrahierens zustande gekommene Geschäft) nicht entbehren, und sie sind auch in dieser Abhandlung ferner gebraucht. Als gute Verdeutschung könnte man höchstens die wenig Anwendung findende Bezeichnung „Vertragschließen mit sich selbst“ wählen, die neuerdings geschaffene Wendung „Verhandeln mit sich selbst“[2]) erscheint uns ungenau. Auch die Worte „Selbstabschluß“ oder „Selbstschluß“ sind nicht empfehlenswert.[3])

II. Das Selbstkontrahieren in den früheren Rechten.

§ 3.

Das Selbstkontrahieren im römischen und gemeinen Rechte.

Daß das Selbstkontrahieren im römischen Rechte — wenn auch in beschränktem Umfange — Geltung gehabt hat, läßt sich aus den Quellen deutlich nachweisen.

---

[1]) Sh. S. 16.

[2]) BGB. RG. I. Anm. 1 zu § 181.

[3]) Das BGB. gebraucht den Ausdruck „ein Rechtsgeschäft mit sich selbst vornehmen“, worin man lediglich eine deutsche Fassung des Wortes „Selbstkontrahieren“ erblicken muß. Es wäre verfehlt, daraus etwa zu folgern, daß die Redaktoren des BGB. sich haben der Theorie anschließen wollen, die das Selbstkontrahieren als Vertrag ansieht (So scheinbar: Du Chesne S. 65 ff.). Denn die zweite Kommission hat sich bei der Beratung über die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens dahin ausgelassen, daß für die gesetzgeberische Behandlung nicht maßgebend sein könne, ob man das Selbstkontrahieren logisch oder rechtlich für möglich halte, sondern lediglich die Frage, ob und inwieweit die Zulassung durch das Verkehrsbedürfnis gefordert sei (sh. Mugdan Bd. I S. 759).

Die uns überlieferten Beispiele beziehen sich sämtlich auf das Verhältnis des Vormunds zu seinem Mündel und lassen sich in drei Fälle scheiden:

1. Das »sibi solvere«.
   a) Der Vormund kann eine ihm gegenüber dem Mündel obliegende Verbindlichkeit durch Zahlung aus seinem Vermögen an sich selbst erfüllen;
   b) der Vormund kann eine dem Mündel ihm gegenüber obliegende Verbindlichkeit durch Zahlung aus dessen Vermögen an sich selbst erfüllen.

   Dies ergibt sich aus: 1 9 § 4 D. de administr. et per. tut. 26,7, besonders aus § 5: sicut autem solvere tutor quod debet, ita et exigere, quod sibi debetur, potest.

   Ferner sagt 1 5 § 14 D. de neg. gest. 3,5: certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur.

   Hierher gehören ferner: 1 3 § 6 D. de contr. tut. et ut. act. 27,4; 1 7 § 5 D. de administr. et per. tut. 26,7 sowie c. 8 C. qui dare tut. 5,34.

2. Das »sibi tradere«.

   Der Vormund kann nicht nur Geld an sich zahlen, sondern auch ein Grundstück sich selbst übergeben, wie 1 78 § 1 D. de contr. empt, 18,1 zeigt.[1])

3. Das »sibi addicere«.

   Während dem Vormunde bei einem gewöhnlichen Kaufe nach 1 34 § 7 D. de contr. empt. 18,1 und 1 46 D. eod. das Selbstkontrahieren nicht gestattet war, konnte er bei einer Auktion Mündelsachen für sich kaufen und sich selbst den Zuschlag erteilen, wie aus 1 2 §§ 8,9 D. pro empt. 41,4 hervorgeht.

---

[1]) Ob der Vormund berechtigt gewesen ist, sich selbst ein Darlehn aus dem Mündelvermögen zu gewähren, ist streitig. Siebert § 8 S. 38 und Schmidt S. 27 ff. nehmen an, daß er dies tun konnte. Boehm S. 44 ff. dagegen will die Stelle 1 9 § 7 D. de administr. et per. tut. 26,7 nur dahin aufgefaßt wissen, daß der Vormund berechtigt gewesen ist, eine für sich aus dem Mündelvermögen gemachte Ausgabe in die Mündelbücher einzutragen. Die Entscheidung der Streitfrage hängt davon ab, welche Bedeutung der Ausdruck »sibi scribere« hat. Es würde nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, darauf näher einzugehen.

Da das gemeine Recht auf den Quellen des römischen Rechts fußt, sind die eben entwickelten Grundsätze auch gemeines Recht geworden. Man kann allerdings annehmen, daß diese nur für den tutor bezw. procurator geltenden Rechtsregeln auch analog auf andere Vertreter angewendet wurden, zumal da das gemeine Recht schon die direkte Stellvertretung kannte.[1]) Jedoch würde man zu weit gehen, wenn man daraus schließen wollte, daß sich ein das römische Recht abänderndes gemeines Gewohnheitsrecht gebildet hat, das das Selbstkontrahieren prinzipiell zuläßt. Vielmehr kann man nur die wenigen im römischen Recht festgestellten Rechtssätze als tatsächlich anerkannt gelten lassen und sie höchstens in analoger Weise anwenden.[2])

Auch in der Rechtsprechung des gemeinen Rechts kommt überwiegend die Ansicht zum Ausdruck, daß das Selbstkontrahieren möglich und zulässig sei.

Zwar hatte das Reichsoberhandelsgericht den Grundsatz aufgestellt, es sei sowohl nach Zivilrecht als auch nach Handelsrecht unmöglich, daß bei einem Vertrage die einander gegenüberstehenden Parteien durch ein und dieselbe Person vertreten würden.[3]) Das Reichsgericht hat dagegen unter Verwerfung dieser Auffassung die gesetzliche Anerkennung des Selbstkontrahierens aus dem römischen Rechte gefolgert[4]) und ausgeführt, daß auch vom logisch-juristischen Standpunkte aus Bedenken gegen die Möglichkeit, Schuldverhältnisse zwischen zwei verschiedenen Personen durch einen von dem Vertreter der einen Person mit sich selbst als Vertreter der andern Person abgeschlossenen Vertrag zu begründen, nicht bestehen könnten. Das durch den Vertragsschluß des Stellvertreters begründete Schuldverhältnis entstehe in der Person des Vertretenen. Wenn daher der Vertreter zweier verschiedener Rechtssubjekte eine Verbindlichkeit des einen gegen das andere übernehme, werde das Rechtsverhältnis

---

[1]) Mit Rücksicht auf corp. iur. can. cap. 68 in 6 to De reg. iur. potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum.

[2]) So auch die herrschende Meinung: Eck S. 266, 272 ff.; Salmann S. 374; Leonhard S. 79; Viefhaus S. 58; Schmidt S. 42 im Gegensatz zu Rümelin S. 242.

[3]) ROHG. Bd. 8 S. 393.

[4]) RG. Bd. 6 S. 14.

in den beiden von ihm vertretenen Personen begründet. Ein solcher Vertragsschluß sei auch mit dem Begriffe des Vertrages verträglich. Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung sei in diesem Falle vorhanden, wenn die Möglichkeit zugegeben werde, daß beim Vertragsschlusse der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältnis entstehen solle, zu ersetzen vermöge.[1])

Die Tatsache, daß bei einem solchen Geschäfte entgegengesetzte Interessen zweier Personen durch dieselbe dritte Person wahrgenommen würden, stehe nicht im Wege. Denn einerseits könne der Inhalt des abzuschließenden Vertrages dem Vertreter durch den Vertretenen vorgeschrieben sein, so daß dessen Interesse gewahrt bleibe, andererseits könne der Vertreter auch in Fällen, in denen er selbständig handle, auf Grund objektiver Prüfung und Erwägung zu einem den Interessen beider Teile entsprechenden Ergebnis kommen.[2])

Dagegen könnten in einzelnen Fällen dem Selbstkontrahieren Hindernisse entgegenstehen,[3]) und es sei nicht zulässig, wenn

a) bestimmte gesetzliche Vorschriften es verböten;
b) der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Wille des Vollmachtgebers dagegen sei;
c) die Erklärung des Willens durch den Selbstkontrahenten nicht erkennbar sei oder eine einseitige Zurücknahme nicht ausschließe;[4])
d) der Vertreter arglistig gehandelt habe.[5] [6])

---

[1]) Hinsichtlich der juristischen Natur des Selbstkontrahierens vertritt also das RG. die S. 7 dargelegte Ansicht, die von Römer aufgestellt worden ist und von Behrend, Mitteis, v. Hahn geteilt wird.

[2]) Wenn dagegen die Interessen sich zweifellos widerstreiten, wie dies z. B. der Fall ist, wenn der Vorstand einer juristischen Person in deren Namen mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vornimmt, so ist nach Ansicht des RG. ein Selbstkontrahieren unzulässig.

Sh. RG. Bd. 4 S. 302. RG. in Straff. Bd. 9 S. 251. RG. bei Gruchot Bd. 37 (Beil. Nr. 65 S. 1031).

[3]) Band 7 S. 15.

[4]) RG. Bd. 11 S. 60; RG. bei Gruchot, Bd. 34 S. 956; Bd. 35 S. 925 ff.

[5]) RG. Bd. 6 S. 17, Bd. 43 S. 166.

[6]) Ob diese Grundsätze richtig sind, wird später erörtert, da sie auch für das heutige Recht noch gelten.

§ 4.

Das Selbstkontrahieren im Allgemeinen Landrecht.

Das Allgemeine Landrecht enthielt in §§ 21, 22 Tl. I Tit. 13 folgende Bestimmungen über das Selbstkontrahieren: „Sobald der Vorteil des Machtgebers mit dem Vorteile des Bevollmächtigten in Widerspruch kommt, darf dieser den Auftrag weder annehmen noch behalten". „Ebensowenig kann ein Bevollmächtigter Aufträge verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, annehmen."

Die Regel ist daher, daß das Selbstkontrahieren nicht gestattet ist, sobald die Gefahr eines Interessenwiderstreites zwischen dem Vertreter und Vertretenen bezw. den beiden durch dieselbe Person Vertretenen vorliegt.[1])

Diese Auffassung vertreten auch das Reichsgericht und das Kammergericht,[2]) die das Selbstkontrahieren dann für zulässig halten, wenn es dem Vertreter gestattet ist.[3])

Mit Recht erblickt das Reichsgericht auch in § 169 Tl. II Tit. 2 ALR. einen Fall zulässigen Selbstkontrahierens.[4]) Danach kann der Vater außenstehende Kapitalien der Kinder nach Gutbefinden einziehen, anderweitig belegen oder auch sich selbst zum Schuldner der Kinder bestellen. Zweifellos ist der Entschluß des Vaters, das für das Kind eingezogene Geld für sich zu behalten, ein Darlehnsvertrag, den er als Vertreter des Kindes mit sich im eigenen Namen abschließt.[5])

Ausdrücklich verboten ist das Selbstkontrahieren durch § 20 Tl. I Tit. 11 für den Verwalter fremder Sachen und Güter. Er darf von diesen oder ihren Nutzungen, solange sein Auftrag dauert, ohne die besondere Bewilligung des Eigentümers nichts käuflich an sich bringen.[6 7 8])

---

[1]) Dernburg, Preuß. Privatr. 2. A., II § 181, S. 507 Anm. 11; Hupka, S. 333 Anm. 1.

[2]) RG. Bd. 6 S. 15; RG. in Straff. Bd. 9 S. 250; KG. in Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 38; Entsch. des Obertrib. Bd. 23 S. 308.

[3]) RG. bei Gruchot, Bd. 37 (Beil.) Nr. 65, S. 151.

[4]) RG. Bd. 6 S. 15.

[5]) A. M. Förster-Eccius § 74 S. 427 Anm. 22. Diese leugnen die Geltung des Selbstkontrahierens sowohl für das gemeine Recht als auch für das Allgem. Landrecht. — ([6 7 8] siehe umstehend.)

I. Abschnitt: Allgemeiner Teil.

§ 5.

I. Die Rechtsgeschäfte, auf die das Selbstkontrahieren Anwendung findet.

§ 181 spricht nur ganz allgemein von „Rechtsgeschäften“, auf welche die in der gesetzlichen Bestimmung enthaltene Beschränkung Anwendung findet, ohne den Kreis dieser Geschäfte näher zu begrenzen.

Das häufigste Anwendungsgebiet wird das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag, bilden. Jedoch erstreckt sich die Vorschrift auch auf einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte,[1]) da zu deren Vornahme ebenfalls zwei Personen erforderlich sind, eine, die die Erklärung abgibt und eine, die sie empfängt. Es kann also z. B. jemand als Vertreter einer Person sich selbst als Privatperson eine Kündigung, Mahnung, Rücktrittserklärung abgeben und umgekehrt.[2])

Aus der Natur des Selbstkontrahierens ergibt sich, daß unter § 181 nicht fallen die einseitigen nicht empfangsbedürftigen Rechts-

---

[6]) Siehe hierzu 1 34 § 7 D. de contrab. empt. 18,1 sowie S. 12.

[7]) Siehe ferner Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875, § 86 (ALR. Tl. II Tit. 18).

[8]) Von fremden Rechten kennen Beschränkungen für gesetzliche Vertreter code civil art. 420, 450, 1596. Österr. BGB. §§ 271, 272.

[1]) Motive Bd. I S. 224, Bayr. OLG. Bd. 9 S. 415.

[2]) Freilich wird bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften oft ein Selbstkontrahieren nicht möglich sein, da die Erkennbarmachung desselben gegenüber dem Vertretenen unverzüglich wird erfolgen müssen, so daß die Erkennbarmachung mit der Vornahme des Geschäftes zusammenfällt. Man denke z. B. an den Fall, daß der Vertreter im Wege des Selbstkontrahierens den Vertretenen an eine Schuld mahnen wollte.

geschäfte, z. B. Auslobung, Besitzerwerb, Aneignung; denn bei ihnen ist nur eine Person vorhanden, die eine Erklärung abgibt, nicht aber eine solche, die die Erklärung entgegennimmt.[1 2])

Als Rechtsgeschäft ist nicht aufzufassen die Entgegennahme von Erklärungen, so daß § 181 hier nicht Anwendung findet. So kann eine Mutter als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder für diese Zustellungen entgegennehmen, welche die Pfändung ihres (der Mutter) Anteils an der Erbschaft ihres verstorbenen Mannes betreffen.[3])

§ 6.

II. Wer gilt als Vertreter im Sinne des § 181?

Obwohl die §§ 164—185 nur von der auf Vollmacht beruhenden Vertretungsmacht, also vom gewillkürten Vertreter handeln und daher § 181 unmittelbar nur auf diese anzuwenden wäre, ist doch unzweifelhaft, daß auch die gesetzlichen Vertreter durch die Vorschrift getroffen werden sollten. Die zweite Kommission hob hervor,[4]) daß bei der Frage nach der Zulässigkeit

---

[1]) Siehe Hupka, S. 264, 274.

[2]) Der Ansicht von Fischer bei Fischer-Henle Anm. 4 zu § 181, Oertmann Anm. 2a zu § 181, sowie der Entscheidung des Bayr. OLG. vom 4. 11. 04 (Recht 04 S. 629) und KG. vom 18. 4. 1900 in Seuff Arch. Bd. 56 S. 79, wonach der Antrag auf Eintragung einer Hypothek als einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft aufzufassen ist, der Vertreter also z. B. für seine Forderung an dem Grundstücke des Vertretenen eine Hypothek bestellen kann, können wir uns nicht anschließen. Die Vorschrift des § 19 GBO., nach welcher eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, gilt nur für das formelle Grundbuchrecht und der danach zur Eintragung einer Hypothek erforderliche einseitige Antrag des Grundstückseigentümers ist nicht als einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft aufzufassen. Ob ein solches vorliegt oder nicht, ist lediglich nach dem materiellen Rechte zu beurteilen. Nach dem materiellen Grundbuchrechte (§ 873 BGB.) ist aber zur Bestellung einer Hypothek die Einigung (dinglicher Vertrag) zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger erforderlich. Da der Grundbuchrichter rechtlich unzulässige Eintragungsanträge zurückzuweisen hat, wird er dem oben erwähnten Antrage des Vertreters nicht stattgeben dürfen, wenn ihm die Gestattung des Selbstkontrahierens nicht nachgewiesen wird. Siehe hierzu S. 71, 78.

[3]) Bayr. OLG. Bd. 4 S. 380.

[4]) Mugdan Bd. I S. 759.

des Selbstkontrahierens kein Unterschied zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Stellvertretung bestehen könne, und sie hat daher offenbar den § 181 auch auf die erstere angewendet wissen wollen. Ein Zweifel kann aber in dieser Hinsicht deswegen nicht bestehen, weil durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift § 181 auch auf die gesetzlichen Vertreter ausgedehnt ist.

Als solche kommen in Betracht:

a) der Vormund für Minderjährige und Entmündigte; denn § 1795 Abs. 2 bestimmt: die Vorschrift des § 181 bleibt unberührt;

b) der Pfleger in den Fällen der Pflegschaft der §§ 1909—1914. Nach § 1915 finden auf die Pflegschaft die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, somit auch § 1795 Abs. 2 und der durch ihn aufrecht erhaltene § 181;

c) der Vater bezw. die Mutter für die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder (§§ 1627 ff., 1684 ff. BGB.). § 1630 Abs. 2 sagt nämlich: „Die Vertretung steht dem Vater insoweit nicht zu, als nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung des Mündels ausgeschlossen ist“. Also auch hier die Beschränkung des § 181. Für die Mutter als Vertreterin ihrer Kinder gilt dasselbe, da nach § 1686 auf die elterliche Gewalt der Mutter die für die elterliche Gewalt des Vaters geltenden Vorschriften zur Anwendung kommen;

d) der Beistand, welcher der Mutter nach § 1687 BGB. bestellt wird, wenn das Vormundschaftsgericht ihm auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen hat. (§ 1693 BGB.)

In diesem Falle hat nämlich der Beistand nach § 1693 die Rechte und Pflichten eines Pflegers. Es müssen also auf ihn die Vorschriften der §§ 1909 ff., demnach § 1915 und somit auch § 1795 und § 181 angewendet werden.[1])

---

[1]) Praktische Fälle für die Anwendung dieser klar aus dem Gesetze hervorgehenden Bestimmungen bieten: zu a) RG. Bd. 71 S. 162 ff. b) RG. Bd. 67 S. 62, 63, c) RG. Bd. 68 S. 39.

Neben diesen eigentlichen gesetzlichen Vertretern kommen ferner solche in Betracht, deren Vertretungsmacht auf der Verfassung einer juristischen Person beruht, der Vorstand eines Vereins oder einer Stiftung.

Nach § 26 Abs. 2 BGB. hat der Vorstand eines Vereins die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Der Umfang der Vertretungsmacht wird durch die Satzung bestimmt. Daher ist auch für die Frage, ob der Vorstand mit sich selbst namens des Vereins kontrahieren kann, die Bestimmung der Satzung maßgebend.

Es findet daher § 181 BGB. z. B. Anwendung auf den Vorstand einer Gewerkschaft,[1]) den Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[2]) einen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft,[3]) der nach § 125 HGB. als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft gilt. Die gleiche Vorschrift für den Vorstand einer Aktiengesellschaft enthalten die §§ 231, 232 HGB.

Ob der § 181 auch für solche Personen gilt, die nach der herrschenden Meinung nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters haben, trotzdem aber für einen anderen derart tätig werden, daß sie ihn unmittelbar durch ihre Handlungen verpflichten, z. B. den Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, ist streitig und wird vom Reichsgericht und Kammergericht verneint.[4])

Als Vertreter des Schuldners faßt das Reichsgericht[5]) den Pfandgläubiger auf, der die Pfandsache versteigert und den die Schuld übersteigenden Erlös für den Schuldner zurückbehält.

§ 7.

III. Das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens.

§ 181 BGB. stellt als Regel das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens auf und läßt es nur in zwei Ausnahmefällen zu, nämlich

---

[1]) RG. Bd. 51 S. 422, RG. im Recht 13 Nr. 2916, JW. 09 S. 667.

[2]) Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 302.

[3]) Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 50.

[4]) Sh. S. 89 ff.

[5]) RG. Bd. 63 S. 16 ff.

a) wenn es dem Vertreter gestattet ist;
b) wenn es ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Während die I. Kommission von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ausging und es nur in einigen, gesetzlich bestimmten Fällen verbot,[1]) stand die II. Kommission auf einem wesentlich andern Standpunkte.[2]) Sie war der Ansicht, daß das Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Interessengegensatzes und eine Schädigung des einen oder andern Teils mit sich bringe und daher, abgesehen von den beiden erwähnten Fällen, verboten werden müsse. Sie lehnte es auch ab, als Maßstab für die Gültigkeit eines Selbstkontrahierungsaktes dessen Nützlichkeit für den Vertretenen anzunehmen,[3]) in der Erwägung, daß man die Wirksamkeit eines derartigen Geschäftes nicht von einem Momente abhängig machen könne, das durch seine Unbestimmtheit und Unerkennbarkeit für Dritte die Verkehrssicherheit gefährde.[4])

Mit Recht hebt daher das Reichsgericht[5]) hervor, daß nach dieser Entstehungsgeschichte nicht eine gesetzliche Vermutung für die Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens des Stellvertreters bestehe, sondern ein positives gesetzliches Verbot, das nur durch zwei Ausnahmen durchbrochen sei. Insbesondere könne eine Gestattung des Selbstkontrahierens nur aus dem Gesetz oder der Vollmacht, nicht aber aus andern Umständen gefolgert werden z. B. daraus, daß eine Schädigung keines Teils vorhanden sei.

Bei sachgemäßer Berücksichtigung der Kommissionsberatungen und unbefangener Auslegung des Gesetzes muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß die drohende Verletzung der Interessen des Vertretenen zwar der Grund für das Verbot des Selbstkontrahierens, nicht aber der Prüfstein für die Wirksamkeit oder

---

[1]) Motive Bd. I S. 224, 225.

[2]) Mugdan Bd. I S. 759 u. 840, Denkschrift S. 49.

[3]) Diesen Vorschlag hatte Rümelin gemacht; siehe Rümelin S. 242.

[4]) Siehe Mugdan a. a. O.; ebenso Denkschrift S. 32.

[5]) RG. Bd. 68 S. 173; Bd. 71 S. 164, 166; sh. auch RG. Bd. 51 S. 106.

Unwirksamkeit eines Selbstkontrahierungsaktes ist. Als solcher ist vielmehr lediglich die Gestattung aufzufassen. Wenn man daher nach der Gültigkeit eines im Wege des Selbstkontrahierens zustande gekommenen Geschäftes forscht, bei dem es sich darum handelt, ob das Selbstkontrahieren dem Vertreter gestattet war oder nicht, so darf man nicht fragen, ob eine Interessenverletzung des Vertretenen vorliegt. Es wäre falsch, bei Bejahung der Frage das Rechtsgeschäft für unwirksam, bei Verneinung für wirksam zu erklären. Vielmehr muß die Frage lauten: Ist das Selbstkontrahieren dem Vertreter gestattet?

Man könnte nun leicht geneigt sein, aus dem Mangel eines Interessengegensatzes zwischen Vertreter und Vertretenem auf eine stillschweigende Gestattung zu schließen, und diese Folgerung ist auch oft gezogen worden. Jedoch wird man dies nur tun können, wenn noch eine andere Voraussetzung zu dem mangelnden Widerstreit der Interessen hinzutritt.[1])

IV. Die beiden Ausnahmen von dem Verbote des Selbstkontrahierens.

§ 8.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens durch Rechtsgeschäft.

Es konnte nicht Zweck des Gesetzes sein, das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens eines Vertreters, welches die Verletzung der Interessen des Vertretenen verhüten soll, auch dann aufrecht zu erhalten, wenn der Vertretene den Schutz des Gesetzes nicht beansprucht. Daher ist das Verbot des § 181 in die Form einer dispositiven Vorschrift gefaßt und dem Vertretenen freigestellt worden, den Grundsatz zu durchbrechen; denn: volenti non fit iniuria.

Die Ausnahmevorschrift bezieht sich aber nicht nur auf die gewillkürte Stellvertretung, sondern auch auf die gesetzliche. Auch bei dieser kann eine Durchbrechung der Regel stattfinden. Jedoch kann dies nur durch das Gesetz geschehen. Denn die Gestattung des Selbstkontrahierens kann nur von demjenigen

---

[1]) Sch. S. 23.

ausgehen, von dem die Vertretungsbefugnis herrührt, also beim gewillkürten Stellvertreter vom Vollmachtgeber, beim gesetzlichen vom Gesetze.[1]) Die Gestattung kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Von einer stillschweigenden Gestattung durch Gesetz wird man nur insofern sprechen können, als man durch Analogieschlüsse und Auslegung von Rechtssätzen die Gestattung folgert.

Bei einem gewillkürten Vertreter werden Zweifel über die Gültigkeit eines von ihm im Wege des Selbstkontrahierens vorgenommenen Geschäftes nicht entstehen können, wenn ihm das Selbstkontrahieren ausdrücklich gestattet ist, z. B. bei einer schriftlichen Vollmacht eine dahin gehende Klausel aufgenommen worden ist.[2])

Das Reichsgericht[3]) hat seine Stellungnahme in dieser Frage dahin gekennzeichnet, daß die Vertretungsbefugnis allein den Vertreter nicht ermächtige, solche Rechtsgeschäfte im Namen des Vertretenen mit sich selbst abzuschließen, die er mit Dritten einzugehen berechtigt sei. Vielmehr setze der § 181 BGB. „eine ausdrückliche oder doch unzweifelhaft aus den Umständen hervorgehende Gestattung" des Vertragschließens mit sich selbst voraus. Ein gutes Beispiel für eine aus den Umständen hervorgehende d. h. stillschweigende Gestattung[4]) gibt ein Urteil der I. C. S. des Reichsgerichts vom 2. 11. 92,[5]) das einen auch für das heutige Recht gültigen Grundsatz aufstellt. Danach sei es selbstverständlich, daß der Vertreter einer laufenden Verwaltung z. B. Waren aus dem Geschäfte des Vertretenen zu demselben Preise und

---

[1]) Siehe hierzu Hupka S. 340.

[2]) Die Aufnahme einer solchen Klausel in die Vollmacht empfiehlt: Neumann I, Anm. I b zu § 181 S. 196. In den neuesten gedruckten Vollmachts-Formularen der Rechtsanwälte findet sich meist ein derartiger Vermerk. Ob dies dem Wohle des Publikums dient, das sich über die Tragweite einer derartigen Bestimmung oft nicht bewußt ist, kann zweifelhaft sein.

[3]) Bd. 51 S. 427, ferner RG. Bd. 56 S. 106 und Bd. 28 S. 289.

[4]) Eine solche wird man auch meist folgern können aus fortgesetzter Duldung durch den Vertretenen. Siehe Urteil des RG. vom 5. 7. 1900, Bd. 48 S. 57 und vom 7. 12. 1910, Bd. 74 S. 413.

[5]) Bei Gruchot Bd. 37 (Beil.) S. 1031.

denselben Bedingungen für sich entnimmt, zu denen die Waren an die Kunden abgegeben werden.

Diese Auffassung steht im Einklange mit der herrschenden Meinung,[1]) die eine stillschweigende Gestattung des Selbstkontrahierens bei Rechtsgeschäften annimmt, die einer Verkehrsübung entsprechen. So dürfen Angestellte eigenes Geld gegen das aus der ihnen anvertrauten Kasse des Geschäftsherrn einwechseln,[2]) ein Theaterkassierer kann an sich selbst Theaterbilletts verkaufen,[3]) ein Bierkutscher kann ein Faß Bier auf seiner Wohnung abrollen, wenn er den üblichen Kaufpreis bezahlt und die Lieferung, wie üblich, vermerkt.

Bei der Vornahme derartiger Rechtsgeschäfte darf aber nicht von dem Geschäftsbrauche abgewichen werden; der Bierkutscher darf also z. B. nicht das Bier auf Kredit entnehmen, wenn es beim Einzelverkauf an Kunden nur gegen bar abgegeben zu werden pflegt. Denn andernfalls könnte eine stillschweigende Gestattung des Selbstkontrahierens seitens des Vertretenen nicht angenommen werden und das Rechtsgeschäft wäre unwirksam.[4])

Die Annahme einer stillschweigenden Gestattung setzt also voraus, daß es sich um ein im Verkehr allgemein übliches oder geringfügiges Rechtsgeschäft handelt und ein Gegensatz zwischen den Interessen des Vertreters und Vertretenen nicht vorliegt. Dagegen berechtigt das Vorhandensein der letzteren Voraussetzung, der Mangel eines Interessenwiderstreits, noch nicht zu dem Schlusse, daß das Selbstkontrahieren gestattet ist, auch nicht

---

[1]) Staudinger I Anm. 4 zu § 181; Hölder Anm. 1 zu § 181; Planck I Anm. 2 zu § 181; Neumann I Anm. 1b zu § 181 S. 196; Fischer bei Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 181; A. M. Hupka S. 340.

[2]) Hölder I Anm. 1 zu § 181; Cosack I 5 A. § 68 Ib S. 393.

[3]) Dernburg I § 170 Anm. 8.

[4]) In dem vom RG. Bd. 60 S. 24 behandelten Falle wird man daher richtiger die Ansicht vertreten, daß es einem Postbeamten vom Postfiskus gestattet ist, Postanweisungen an einen Dritten abzusenden, wenn er die vom Publikum geforderten Bedingungen erfüllt. Wenn er aber, wie es in dem Falle geschah, das Geld nicht einzahlt, wird man den Vertrag, weil nicht dem Willen des Vertretenen entsprechend, als unwirksam auffassen müssen. Eine andere Lösung sh. S. 61.

dann, wenn das Geschäft dem Vertretenen lediglich zum Vorteil gereicht.[1]) Eine Schenkung z. B., die der Vertreter dem Vertretenen im Wege des Selbstkontrahierens macht, gereicht dem letzteren durchaus zum Vorteil und doch braucht sie nicht seinem Willen zu entsprechen.

Annehmbarer erscheint dagegen die Auffassung,[2]) daß das Selbstkontrahieren dann als gestattet gelten müsse, wenn das Rechtsgeschäft nicht gegen Treu und Glauben verstößt, da eine analoge Anwendung des § 157 BGB., nach welchem Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, gerechtfertigt ist.[3])

§ 9.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens durch Gesetz.

Für die hauptsächlichsten gesetzlichen Vertreter, den Vormund, den Pfleger, den Vater bezw. die Mutter und den Beistand im Falle des § 1693 kennt das Gesetz nur die eine durch § 1795 Abs. 2 aufrecht erhaltene Ausnahme von dem Verbote des § 181, wonach sie ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vornehmen können, wenn es in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht; denn Fälle besonderer Gestattung des Selbstkontrahierens für die gesetzlichen Vertreter hebt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich hervor.

Jedoch wird ein solcher in § 1409 BGB. zu erblicken sein, welcher bestimmt: „Steht der Mann unter Vormundschaft, so hat ihn der Vormund in den Rechten und Pflichten zu vertreten, die sich aus der Verwaltung und Nutznießung des ein-

---

[1]) So auch Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 11.

[2]) Dernburg I § 170 Anm. 8. Diese Ansicht Dernburgs stimmt im wesentlichen mit der vom RG. in Bd. 64 S. 366 entwickelten überein. U. E. handelt es sich dort nicht um einen Fall des Selbstkontrahierens, sondern um die Vornahme einer Aufrechnung, wie auch das OLG. angenommen hatte.

[3]) Eine Generalvollmacht beweist noch nicht die Gestattung zum Selbstkontrahieren: RG. Bd. 56 S. 106, Staudinger I A. 4 zu § 181.

gebrachten Gutes ergeben. Dies gilt auch dann, wenn die Frau Vormund des Mannes ist". In diesem letzteren Falle ist ihr das Selbstkontrahieren gestattet Denn die Frau ist durch die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute durch die §§ 1395, 1400 BGB. derart beschränkt, daß sie zur Verfügung über eingebrachtes Gut und zur Führung eines Rechtsstreits über ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht der Zustimmung des Mannes bedarf. Ist sie aber Vormund des Mannes, so kann sie sich diese Zustimmung selbst erteilen. Da nun die Erteilung der Zustimmung als einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft aufzufassen ist, so erscheint der § 1409 als eine Durchbrechung der Regel des § 181.

Dasselbe bestimmt § 1457 für die allgemeine Gütergemeinschaft, § 1519 Abs. 2 für die Errungenschaftsgemeinschaft, § 1549 für die Fahrnisgemeinschaft. Diese Ansicht steht im Einklange mit der herrschenden Meinung.[1])

Einen weiteren Fall gesetzlicher Gestattung des Selbstkontrahierens sieht das Reichsgericht in § 373 Abs. 4 HGB.:[2]) In § 379 HGB. ist bestimmt: „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem andern Orte übersendete Ware beanstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. Er kann die Ware, wenn sie dem Verderb ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist, unter Beobachtung der Vorschriften des § 373 verkaufen lassen".

---

[1]) Staudinger I A. 6a zu § 181, IV A. 2 zu § 1409; Neumann I A. Ia zu § 181 S. 196; Eccius § 168 II, 2 A. 10; a. M. Hupka S. 339, der annimmt, daß das BGB. außer § 181 keinen Fall gesetzlicher Gestattung des Selbstkontrahierens kenne.

[2]) RG. Bd. 66 S. 194: der Kaufmann S. in Berlin hatte 100 Kisten Kühlhauseier zum Preise von 60 ℳ das Tausend, die er am 9. Dezember gekauft hatte, von dem in Köln wohnenden Beklagten am 29. Dezember geliefert erhalten. Durch Telegramm vom 31. Dezember stellte er sie wegen Minderwertigkeit dem Beklagten zur Verfügung. Da der Beklagte keine Verfügung traf und am 2. Januar 1901 modriger Geschmack festgestellt wurde, ließ S. die Eier am 4. Januar 1901 an der Berliner Börse versteigern und steigerte selbst 47 Kisten, die Kiste zu 3,40 M., an.

Nach § 373 Abs. 4 können der Verkäufer und der Käufer bei der öffentlichen Versteigerung mitbieten, also die zur Versteigerung kommende Ware für sich erwerben. Da nun der Notverkauf im Interesse und für Rechnung des ursprünglichen Verkäufers geschehe und der Käufer dabei als dessen Vertreter handle — führt das Reichsgericht aus —, so schließe letzterer, wenn er die Ware erwerbe, einen neuen Kaufvertrag ab als Vertreter des ursprünglichen Verkäufers in dessen Namen und für dessen Rechnung mit sich als Käufer im eigenen Namen.

Diese Auffassung wäre richtig, wenn der Käufer (Kaufmann S.) selbst die Versteigerung vornehmen und sich den Zuschlag erteilen würde.[1] Da dies nicht der Fall ist, kann man von einer Vertretungsbefugnis des Käufers gegenüber dem ursprünglichen Verkäufer nur insofern sprechen, als er kraft Gesetzes befugt ist, in dessen Namen und für dessen Rechnung die beanstandeten Waren zur Versteigerung zu bringen. Damit hört aber seine Vertretungsmacht auf. Denn bei dem in der öffentlichen Versteigerung erfolgenden Verkauf der Waren nimmt der Versteigerer die Rechte des Verkäufers wahr, und er ist es, der mit dem Käufer den Kaufvertrag abschließt und ihm den Zuschlag erteilt. Aber auch wenn man den Versteigerer als Vertreter oder Beauftragten des Käufers auffassen wollte, würde der Kauf durch den Käufer nur ein Vertrag zwischen Vertreter und Vertretenem sein. In beiden Fällen handelt es sich nicht um ein Selbstkontrahieren; im ersten kommt der Vertrag durch das Handeln zweier Personen zustande, im zweiten liegt überhaupt kein Vertrag vor;[2] der Käufer kann aber nicht selbst die Versteigerung vornehmen und sich die Waren zuschlagen, da ihm dies durch § 456 BGB. verboten ist.[3] Ein Selbstkontrahieren ist daher im vorliegenden Falle nicht möglich.[4]

---

[1]) Dies galt auch für das römische Recht. Sh. S. 12.

[2]) Sh. S. 30.

[3]) Sh. S. 54 Anm. 1.

[4]) Dasselbe gilt natürlich auch für den Verkäufer, wenn dieser beim Annahmeverzuge des Käufers zu einem Notverkaufe schreitet. (§ 373 Abs. 1, 2, HGB.)

Ebenso können wir nicht dem Urteil des Reichsgerichts vom 20. März 1908 zustimmen.[1]) Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung hatte durch Ankauf alle Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigt. Später gab er aus seinem Privatvermögen für Zwecke der Gesellschaft Geldsummen im Betrage von mehr als 64000 *M* her, die er in den Geschäftsbüchern der Gesellschaft als von ihm gegebene Darlehen buchen ließ. Als über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde, erhob er gegen den Konkursverwalter Klage auf Feststellung, daß ihm die erwähnten Darlehnsforderungen nebst Zinsen gegen die Konkursmasse zuständen. Die Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen, vom Oberlandesgerichte aber zugesprochen. Auf die vom Beklagten eingelegte Revision wurde das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Berufung zurückgewiesen. Das Reichsgericht gibt zu, daß die Vereinigung aller Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in einer Person nicht zur Auflösung der Gesellschaft führe.[2]) Daraus folge aber nicht, daß der alleinige Geschäftsführer als alleiniger Vertreter der Gesellschaft die Befugnisse ausübe, die sonst gemäß § 46 d. Ges.[3]) der Gesellschafterversammlung zustehen, und sich die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren selbst erteilen könne. Vielmehr müsse, wenn der Abschluß von Geschäften zwischen der Gesellschaft und dem alleinigen Gesellschafter notwendig würde, § 29 BGB. analog angewendet und ein anderweitiger Vertreter bestellt werden.

Diese Gründe erscheinen uns nicht stichhaltig. Wenn man erst die Möglichkeit zugibt, daß die Gesellschaft in der Person eines einzigen Gesellschafters fortbestehen kann, so muß man es auch für zulässig erachten, daß dieser dann alle Rechte und Pflichten in sich vereinigt, die sonst die Gesamtheit der Gesellschafter hat. Ebenso wie der alleinige Gesellschafter auf Grund des § 46 Nr. 5 d. Ges. sich zum Geschäftsführer bestellen kann, — was das Reichsgericht für möglich hält, —[4]) ebenso kann er

[1]) RG. Bd. 68 S. 172 ff.
[2]) Siehe die vom Reichsgericht zitierte Literatur RG. a. a. O.
[3]) Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.
[4]) RG. a. a. O. S. 179.

auch die übrigen Befugnisse ausüben, die den Gesellschaftern zustehen und sich die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren erteilen. Diese beiden Fälle liegen ganz gleichartig, und es ist kein Grund vorhanden, sie verschieden zu behandeln. Wollte man dem Geschäftsführer im vorliegenden Falle das Selbstkontrahieren nicht gestatten, so würde der § 181 außer Kraft gesetzt werden. Uns scheint es, daß man das Richtige mit der Annahme trifft, es handle sich um einen Fall gesetzlicher Gestattung, insofern als das Gesetz einerseits das Fortbestehen einer Gesellsch. m. b. H. (trotz Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand) zuläßt, andererseits durch § 181 die Möglichkeit des Selbstkontrahierens geschaffen hat. Daraus folgt, daß auch in diesem besonderen Falle ein Selbstkontrahieren des Geschäftsführers möglich sein muß und ihm gestattet werden kann, was auf die oben erwähnte Weise geschieht.

§ 10.

Die Substitutionsbefugnis.

Ist ein Vertreter berechtigt, einem andern Untervollmacht zu erteilen und mit diesem ein Rechtsgeschäft abzuschließen, um ein Selbstkontrahieren zu verhindern?

Aus logischen Gründen können gegen die Zulässigkeit eines derartigen Rechtsgeschäftes Bedenken nicht erhoben werden, wenn der Substitut den Vertretenen unmittelbar vertritt; dies ist aber möglich; denn der Vertreter, der in seinem Handeln vollkommen freigestellt und von dem Willen des Vertretenen unabhängig ist, kann an seine Stelle auch eine Person setzen mit der Wirkung, daß diese Vertreter des Vertretenen ist.[2]) Dann schließt der Substitut als Vertreter des Vertretenen mit dem ursprünglichen Vertreter (dem Substituenten), der in eigenem Namen handelt, das Rechtsgeschäft ab.

Regelmäßig wird es dem Vertreter erlaubt sein, für sich einen Substituten zu ernennen, der als Vertreter des

[1]) RG. a. a. O. S. 179.

[2]) So auch Neumann I Anm. II, 1 zu § 181 S. 196. Ebenso Rspr. des OLG. Bd. 7, S. 6 im Gegensatze zu Hupka S. 344 ff. S. 360 und OLG. Colmar D. J. Z. 1903 S. 204.

Vertretenen gilt, und mit diesem ein Rechtsgeschäft abzuschließen, wenn ihm das Selbstkontrahieren gestattet ist. Denn es steht ihm frei, anstatt den einfacheren Weg zu wählen und mit sich selbst zu kontrahieren, mit Rücksicht auf die Gefahr der Verletzung der Interessen des Vertretenen den unbequemeren einzuschlagen und mit dem Substituten das Rechtsgeschäft vorzunehmen.

Ferner kann der Vertreter seine Vollmacht andern substituieren, wenn ihm diese Befugnis mit der Vollmacht eigens für den Fall erteilt ist, daß ein Interessenwiderstreit zwischen ihm und dem Vertretenen eintritt, er also z. B. ein Rechtsgeschäft zwischen sich und dem Vertretenen abzuschließen beabsichtigt.

Wenn der Vertreter allerdings mehr zu seinen Gunsten als denen des Vertretenen handeln will — dies gilt für beide Fälle —, liegt es ganz in seiner Macht, sich einen Substituten zu wählen, von dem er weiß, daß er mehr seinen (des Vertreters) Vorteil wahrnehmen wird. Der Substitut wird dann nur die Rolle einer vorgeschobenen Person spielen, und die Rechtslage ist beinahe dieselbe, als wenn der Vertreter mit sich selbst kontrahiert hätte. Doch trifft in solchen Fällen die Schuld den Vertretenen: denn wer dem Vertreter das Selbstkontrahieren direkt oder indirekt — durch einen Substituten — gestattet, muß es sich gefallen lassen, wenn sein Vertrauen mißbraucht wird, da er sich des ihm durch § 181 BGB. gewährten Schutzes durch die Gestattung begeben hat.

Selbst wenn also der Vertreter sich einen Substituten wählt, um ein Kontrahieren mit sich selbst zu vermeiden, so wird dadurch der Vertretene nicht in jedem Falle unbedingt geschützt, weil der Vertreter in der Wahl des Substituten völlig freigestellt ist.

Man wird also schon deswegen nur dann eine Substitutionsbefugnis des Vertreters zu dem Zwecke, um durch den Substituten ein Rechtsgeschäft mit dem Vertretenen abzuschließen, annehmen können, wenn bestimmte Anhaltspunkte vorhanden sind, daß dies im Sinne des Vertretenen liegt. Nicht aber wird man dies schon daraus schließen können, daß es dem Vertreter

schlechthin erlaubt ist, seine Vollmacht andern zu substituieren.[1]) Denn daraus ist nur zu folgern, daß der Vertreter einen Substituten ernennen kann (regelmäßig für den Fall seiner Verhinderung) zum Abschluß von Geschäften mit Dritten, nicht aber, um selbst mit dem Substituten Rechtsgeschäfte vorzunehmen.[2])

Diese Auffassung scheint auch am meisten der vom Reichsgericht[3]) zum Ausdruck gebrachten zu entsprechen. Dieses hat es für unwirksam erklärt, daß der Generalbevollmächtigte eines Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen letzterem zustehenden Geschäftsanteil auf seine (des Generalbevollmächtigten) Ehefrau und diese auf ihn übertrug, indem es annahm, der Übertragung des Anteils auf die Ehefrau habe jede selbständige Bedeutung gefehlt und habe nur die Möglichkeit schaffen sollen, die Übertragung auf den Generalbevollmächtigten zu bewirken. Zweifellos würde die Entscheidung ebenso gelautet haben, wenn der Generalbevollmächtigte seine Ehefrau oder einen Dritten zum Substituten ernannt und von diesem sich den Geschäftsanteil hätte übertragen lassen; denn die Ernennung des Substituten wäre dann auch nur zu dem Zwecke erfolgt, um die Übertragung des Anteils zu ermöglichen und wäre ohne selbständige Bedeutung gewesen. Beide Fälle müssen zu demselben Ergebnis führen, um den ihnen innewohnenden Grundgedanken zu wahren: das Zwischenschieben einer Mittelsperson, eines sogen. Strohmannes, zur Umgehung der Vorschrift des § 181 ist unzulässig.

Unmöglich ist es, daß ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit diesem ein Rechtsgeschäft abschließt. Dies ist zwar nicht durch § 181 verboten; es ergibt sich aber von selbst, da niemand Berechtigter und Verpflichteter in einer Person sein kann.[4])

[1]) Diese weitgehende Ansicht vertritt das Kammergericht KG. Bd. 26 A 100 (Rspr. d. OLG. Bd. 7 S. 6), KG. Bd. 30 A 158 (Rspr. d. OLG. Bd. 12 S. 23). Sh. ferner: Dernburg I 3 a § 170 III Anm. 10; Planck I Ziffer 1 zu § 181; Neumann I Anm. II 1 zu § 181, anscheinend auch: Fischer bei Fischer-Henle Anm. 4 zu § 181.

[2]) Der im Text vertretenen Meinung folgen: Staudinger I Anm. 9 zu § 181, Cosack I § 68 S. 292, Endemann I § 80 Anm. 31, Urban S. 57. Beschl. des OLG. Colmar vom 10. 7. 01 D. J. Z. 03 S. 204. Sh. Kritische Bemerkung des Einsenders der Entscheidung in Rspr. d. OLG. Bd. 7 S. 6.

[3]) RG. Bd. 56 S. 104 ff.

[4]) RG. Bd. 5 S. 58; Motive Bd. I S. 225; Staudinger I Anm. 8 zu § 181, sh. auch S. 5.

Das im Wege des Selbstkontrahierens vorgenommene Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit.

§ 11.

Spiel-, Wett-, Ehemäklerschuld, verjährte und noch nicht fällige Forderung.

Die zweite Ausnahme von dem Verbote des Selbstkontrahierens besteht darin, daß der Vertreter einen Selbstkontrahierungsakt vornehmen kann, wenn er ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs war der Antrag gestellt worden,[1] in der Fassung des § 181 die Worte „es sei denn“ bis „besteht“ zu streichen, mit der Begründung, es könnten untreue Verwalter gerade dadurch, daß sie an sich selbst zahlen, das Interesse des Vertretenen wesentlich schädigen. Dieses Bedenken wurde auch von der Kommission geteilt, aber gegenüber der Forderung des Verkehrs als hinfällig bezeichnet.

Und zwar mit Recht. Denn eine solche Befürchtung erscheint schon deswegen ungerechtfertigt, weil bei einem untreuen Verhalten des Vertreters der Einwand der Arglist durchgreifen wird und die Schadensersatzklage erhoben werden kann.

Was ist nun unter Verbindlichkeit zu verstehen?[2] § 241 S. 1 BGB. bestimmt: Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Jedes Schuldverhältnis begründet daher eine Forderung bezw. eine Verbindlichkeit. Vom Standpunkte des Schuldners aus liegt eine Verbindlichkeit vor, von dem des Gläubigers eine Forderung. Durch Erfüllung der Verbindlichkeit (Leistung der Forderung an den Gläu-

---

[1]) Protokolle I S. 175.

[2]) Daß nicht nur eine Verbindlichkeit des Vertreters an den Vertretenen, sondern auch des Vertretenen an den Vertreter unter § 181 fällt, kann bei der Allgemeinheit der Vorschrift nicht zweifelhaft sein, wird auch von keiner Seite bestritten und vom Reichsgericht Bd. 56 S. 107 zum Ausdruck gebracht.

biger) erlischt das Schuldverhältnis. Keine Schuldverhältnisse sind daher Spiel und Wette, denn § 762 BGB. sagt: „Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet“. Ebenso verhält es sich mit dem Ehemäklerlohn (§ 656 BGB.). Dagegen besteht ein Schuldverhältnis und es liegt somit eine Verbindlichkeit vor, wenn der Anspruch auf die geschuldete Leistung auch verjährt ist d. h. im Wege der Klage nicht verfolgt werden kann. Das Schuldverhältnis und die sich aus diesem ergebende Verbindlichkeit dauern fort. Denn nach § 194 BGB. verjähren nur Ansprüche, d. h. für den Schuldner entsteht eine Einrede, die ihn berechtigt, die Erfüllung zu verweigern.[1] [2])

Dies auf § 181 angewendet, ergibt folgendes: Der Vertreter kann seine Spiel-, Wett- oder Ehemäklerschuld durch Selbstkontrahieren an den Vertretenen nicht tilgen, weil keine Verbindlichkeit vorliegt. Jedoch wird in diesem Falle die Bestimmung des § 181 außer Kraft gesetzt durch § 762 Abs. 1 Satz 2 BGB., der vorschreibt: „Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat“. Der Vertreter kann daher jederzeit seine Spielschuld an den Vertretenen durch Selbstkontrahieren leisten, ohne daß ihn die Vorschrift des § 181 daran hindert.

Ebenso verhält es sich, wenn der Vertreter eine Spiel- oder Wettschuld des Vertretenen an sich im Wege des Selbstkontrahierens zahlt. Wenn das Geschäft auch unwirksam ist, kann der Vertretene wegen des § 762 S. 2 nichts mehr zurückfordern.

---

[1]) Siehe Endemann I, 2 § 99 S. 586.

[2]) Für die Richtigkeit der dargelegten Auffassung sprechen die §§ 222 Abs. 2 S. 2 (Klagbarmachung verjährter Ansprüche durch vertragsmäßiges Anerkenntnis und Sicherheitsleistung) 390 (Aufrechnung verjährter Ansprüche).

Der Unterschied zwischen Spiel- und Wettschuld und verjährter Forderung zeigt sich am besten bei Erhebung der Klage. Während im ersten Falle die Klage ipso iure abgewiesen wird, wird ihr im zweiten stattgegeben, wenn die Gegenpartei nicht die Einrede der Verjährung erhebt.

Dasselbe wird gelten, wenn der Vertreter zweier Personen die Spielschuld des einen gegenüber dem andern durch Selbstkontrahieren tilgt.[1])

Während also bei einer Spiel-, Wett- oder Ehemäklerschuld, die durch Vertragschließen mit sich selbst getilgt wird, das Ergebnis dasselbe ist, als wenn eine Verbindlichkeit vorläge, handelt es sich bei einer verjährten Forderung um eine wirkliche Verbindlichkeit, auf die § 181 Anwendung findet.

Ist nun der Vertreter berechtigt, eine dem Vertretenen zustehende Forderung an diesen und seine Forderung gegen den Vertretenen durch Zahlung an sich selbst zu berichtigen, auch wenn sie verjährt ist?

Diese Frage ist für den letzteren Fall zu verneinen; denn der Vertreter würde zwar einer dem Vertretenen obliegenden Anstandspflicht genügen, indem er dessen verjährte Schuld durch Zahlung an sich selbst tilgt. Jedoch würde ein solches Verfahren jeder rechtlichen Grundlage entbehren, da der Vertreter die dem Vertretenen zustehende Einrede der Verjährung nicht unberücksichtigt lassen darf. Ebenso verhält es sich mit einer noch nicht fälligen Forderung des Vertreters gegen den Vertretenen, die ersterer vor der Fälligkeit an sich leisten wollte.

Man wird daher das Richtige treffen, wenn man annimmt, das Gesetz habe dem Vertreter das Recht, eine Verbindlichkeit des Vertretenen an sich selbst zu erfüllen, nur unter der Voraussetzung einräumen wollen, daß die Verbindlichkeit allen Bedingungen, die für ihre Erfüllung erforderlich sind, entspricht, also fällig und klagbar ist.[2])

Dieselben Grundsätze müssen Anwendung finden, wenn der Vertreter zweier Personen eine zwischen diesen bestehende Verbindlichkeit, mit sich selbst kontrahierend, tilgen will.

---

[1]) Der geschädigte Vertretene kann zwar nichts von dem andern Vertretenen zurückfordern, würde aber eine Schadensersatzklage gegen den Vertreter haben. Dieselbe Ansicht vertritt in einem andern Falle RG. Bd. 74 S. 414.

[2]) So Dernburg I Anm. II 1 zu § 181 S. 558; Eccius § 168 II 12 Anm. 13 S. 428; Hölder I Anm. 2 zu § 181; Staudinger I Anm. 6b zu § 181 S. 601; Oertmann Anm. 3c zu § 181 S. 557; a. M. **Planck I Anm. 1 zu § 181 S. 315.**

Anderes muß aber gelten bei einer Schuld des Vertreters gegenüber dem Vertretenen. Der Schuldner kann jederzeit auf die ihm zustehende Einrede der Verjährung verzichten und eine verjährte Forderung an den Gläubiger zahlen. Dies ist durch das Gesetz für möglich erklärt, nicht aber zur Gesetzesvorschrift erhoben worden. Der Schuldner erfüllt daher durch Tilgung einer verjährten Schuld zwar keine Rechtspflicht, wohl aber eine Anstandspflicht. Steht ihm diese Möglichkeit aber offen, wenn er persönlich die Forderung des Gläubigers an diesen zahlt, so muß sie ihm zweifellos auch zuerkannt werden, wenn er die Schuld im Wege des Selbstkontrahierens abträgt.

Ebenso kann der Vertreter eine noch nicht fällige Schuld schon vor der Fälligkeit durch Selbstkontrahieren an den Vertretenen abführen.[1])

Das eben Entwickelte können wir in den Satz zusammenfassen: Der mit sich selbst kontrahierende Vertreter kann als Schuldner des Vertretenen über das gesetzlich Notwendige hinaus, als Gläubiger des Vertretenen nur innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Schranken handeln.

§ 12.

Was versteht man unter ausschließlicher Erfüllung?

§ 181 verlangt, daß der vom Vertreter vorgenommene Selbstkontrahierungsakt „ausschließlich" in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe. Was unter Erfüllung zu verstehen ist, ist streitig. Nach § 362 BGB. erlischt das Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Erfüllung ist also gleich Bewirkung der geschuldeten Leistung. Danach müßten Hingabe an Erfüllungsstatt und Aufrechnung nicht als Erfüllung gelten. Die herrschende Meinung geht aber mit Recht dahin, daß zwar Hingabe an Erfüllungsstatt nicht

[1]) Literatur sh. S. 33 Anm. 2. Die Erfüllung einer verjährten Schuld des Vertretenen gegenüber dem Vertreter durch Selbstkontrahieren des Vertreters erklären für zulässig: Urban S. 64, Cohen S. 48.

als Erfüllung angesehen werden könne,[1]) wohl aber die Aufrechnung, da diese denselben Erfolg habe, wie gegenseitige Zahlung, die ja der Vertreter ohne weiteres vornehmen könnte.[2])

„Ausschließliche" Erfüllung einer Verbindlichkeit soll bedeuten, daß die Erfüllung genau der Verbindlichkeit entsprechen muß.[3]) Der Vertreter wird also z. B. nicht zu Teilleistungen berechtigt sein, was ihm schon durch § 266 BGB. verboten ist, allerdings nur, soweit er seine Schuld tilgen will. Denn als Gläubiger darf er Teilleistungen annehmen, daher auch durch Selbstkontrahieren bewirken. Ferner soll das Wort „ausschließlich" zum Ausdruck bringen, daß mit der Erfüllung kein anderes Rechtsgeschäft verknüpft sein oder sich unter ihr verbergen darf. Der Vertreter z. B., der durch Selbstkontrahieren dem Vertretenen ein Darlehn zurückgeben will, darf dies nicht in der Weise tun, daß er es an einen Dritten ausleiht. Auch dies gilt aber nur einseitig für eine Schuld des Vertreters gegenüber dem Vertretenen.[4])

§ 13.

Die Eigentumsübertragung bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit.

Oft wird zur Erfüllung einer Verbindlichkeit die Übertragung von Eigentum notwendig sein. Handelt es sich nun um eine Geldschuld, sei es des Vertreters gegenüber dem Vertretenen, sei es des Vertretenen gegenüber dem Vertreter oder bei zwei durch dieselbe Person Vertretenen des einen gegenüber dem andern, und hat der Vertreter

---

[1]) So KG. in Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 33.

[2]) So Dernburg I § 170 II 1 S. 558; Staudinger I Anm. 6b zu § 181 S. 601; Hupka S. 339; Cohen S. 49; Urban S. 66; a. M. Planck I Anm. 1 zu § 181; Neumann I Anm. I 2a zu § 181.

[3]) Fischer bei Fischer-Henle, Anm. 6a zu § 181.

[4]) Die Rechtsprechung hat noch nicht Gelegenheit gehabt, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen. Als Erfüllung einer Verbindlichkeit sieht das Reichsgericht an die Übertragung eines Geschäftsanteils von dem scheinbaren auf den wahren Besitzer (RG. Bd. 56 S. 107), nicht dagegen die Teilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes unter Umwandlung des Gesamteigentums in Bruchteilseigentum. (RG. Bd. 67 Seite 61.)

die Kasse des Vertretenen bezw. der beiden Vertretenen unter sich, so wird die mit der Erfüllung verknüpfte Eigentumsübertragung regelmäßig dadurch geschehen, daß der Vertreter den geschuldeten Betrag aus der einen Kasse entnimmt und in die andere überträgt. Steht dem Vertreter aber nicht die Verwaltung der Kasse zu oder wird eine körperliche Sache geschuldet, so wird die Erfüllung an den Vertretenen im Wege des Selbstkontrahierens durch die an Stelle der tatsächlichen Übergabe tretenden Übertragungsakte, nämlich die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (§ 931), brevi manu traditio (§ 929 S. 2) und constitutum possessorium (§ 930) geschehen müssen.

Ein gutes Beispiel, das die Billigung der eben entwickelten Grundsätze enthält, bietet eine Entscheidung des Reichsgerichts.[1]) Ein Bankier, der in Ausführung eines von einem Kunden erteilten Auftrages für diesen Wertpapiere gekauft und, nachdem diese verloren gegangen waren, für sie andere beschafft hatte, legte diese in eine mit dem Namen des Kunden bezeichnete Schleife. Es fragt sich, ob der Bankier durch dieses Verfahren das Eigentum an den Papieren auf den Kunden übertragen hat. Das Reichsgericht bejaht dies, indem es annimmt, daß der Kunde einen Anspruch auf Beschaffung neuer Aktien an Stelle der verloren gegangenen gehabt habe. Wenn der Bankier die Aktien besorgt und sie in die mit dem Namen des Kunden versehene Schleife getan habe, habe er in Erfüllung einer Verbindlichkeit gehandelt und in gültiger Weise durch constitutum possessorium Eigentum auf den Kunden übertragen.

Diese Entscheidung ist zu billigen. Dem Bankier war der Auftrag erteilt worden, für den Kunden eine bestimmte Sorte von Wertpapieren zu kaufen.[2]) Insoweit hatte er Vertretungsmacht für den Kunden, die auf dem Auftragsverhältnis beruhte. Die Beschaffung und Übergabe der Papiere war eine ihm gegenüber dem Kunden obliegende, aus dem Auftrage sich ergebende Verbindlichkeit. Deren Erfüllung konnte daher der Bankier

[1]) RG. Bd. 52 S. 130.

[2]) Ob die Wertpapiere verloren gegangen sind oder nicht, darauf kommt es u. E. nicht an. Die Verpflichtung des Bankiers beruhte auf dem Auftrag.

gemäß § 181 auch durch Selbstkontrahieren vornehmen. Wählte er diesen Weg, so mußte die Erfüllung anstatt durch tatsächliche Übergabe durch das sie ersetzende constitutum possessorium erfolgen.

Die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium erfordert aber nach § 930, daß zwischen dem Eigentümer (Bankier) und dem Erwerber (Kunden) ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Daher ist der Bankier berechtigt, den zur Begründung eines Besitzkonstituts notwendigen dinglichen Vertrag im Wege des Selbstkontrahierens abzuschließen, indem er die Wertpapiere für seinen Kunden in Verwahrung nimmt.[1])

Jedoch kann die Rechtslage auch eine andere sein, wie aus einem andern vom Reichsgericht[2]) behandelten Falle erhellt: Einem Gläubiger war vom Schuldner als Sicherheit für ein Darlehn ein Schuhwarenlager zu Eigentum übertragen worden, und der Schuldner, der im Besitze des Warenlagers blieb, sollte befugt sein, an Stelle der abgehenden Waren gleiche und gleichwertige anzuschaffen. Hier war also die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium dem Schuldner (Vertreter) vom Gläubiger (Vertretenen) ausdrücklich gestattet, die nach § 930 notwendige Vereinbarung war erfolgt, und der Schuldner erfüllte nur eine aus dieser Vereinbarung sich ergebende Verbindlichkeit, indem er an Stelle der verkauften Schuhe neue anschaffte.[3])

Dieselben Grundsätze sind anzuwenden, wenn die Eigentumsübertragung durch brevi manu traditio oder Abtretung des Herausgabeanspruchs erfolgt. Ein Vertreter kann also z. B. ein ihm gehöriges Pferd, das der Vollmachtgeber schon geraume Zeit reitet, an diesen dadurch veräußern, daß er die in § 929 erforderte Einigung selbst vornimmt, oder er kann, wenn sich

---

[1]) Sh. auch RG. Bd. 63 S. 16 u. S. 405.

[2]) D. J. Z. 1903 S. 63 (Beil. 31).

[3]) Diesen Fall meint offenbar Staudinger Anm. 6b zu § 181 S. 601, wenn er sagt: Um ein reines Erfüllungsgeschäft handelt es sich auch dann, wenn bei bestehender Einigung über Eigentumsübertragung die Übergabe der Sache vollzogen wird.

das Pferd im Besitze eines Dritten befindet, die nach § 931 notwendige Vereinbarung der Abtretung zwischen ihm (dem Eigentümer) und dem Vollmachtgeber (Erwerber) selbst treffen und demnach unmittelbar dem Dritten die Herausgabe des Pferdes an den Vertretenen aufgeben.[1])

Das gleiche gilt in allen Fällen, in denen eine Eigentumsübertragung vom Vertretenen auf den Vertreter durch die die tatsächliche Übergabe ersetzenden Übertragungsakte im Wege des Selbstkontrahierens vom Vertreter vorgenommen wird. Eine solche würde z. B. in dem S. 36 geschilderten Beispiele durch brevi manu traditio dadurch erfolgen, daß der Bankier die Aktien aus dem Depot seines Kunden herausnimmt und unter seine Papiere mischt.[1])

Voraussetzung für die durch Selbstkontrahieren vorzunehmende Erfüllung einer Verbindlichkeit ist aber immer, daß die Vertretungsmacht des Vertreters ein Rechtsgeschäft der Art, auf das sich die Erfüllung erstreckt, umfaßt.[2]) Wenn z. B. der Güterdirektor des A diesem ein Pferd zu seinem persönlichen Gebrauche verkauft, kann er den Kaufpreis im Wege des Selbstkontrahierens nicht an sich selbst zahlen. Wohl aber ist er dazu in der Lage, wenn er das Pferd für den Wirtschaftsbetrieb des A'schen Gutes verkauft, da er die Verwaltung des Gutes und daher auch der Gutskasse hat. Ebenso würde ihm das Recht im ersteren Falle zustehen, wenn er Generalbevollmächtigter des A wäre.

V. Die Erkennbarmachung des Selbstkontrahierens.

§ 14.

Die Erkennbarmachung bei Rechtsgeschäften im allgemeinen.

Zum Zustandekommen eines Vertrages sind erforderlich die Willenserklärungen der beiden den Vertrag schließenden Parteien. Es genügt nicht, daß sie nur einen Willensentschluß

---

[1]) Die Übertragungsakte können auch hier wieder schon vorher vereinbart sein, und die Erfüllung der Verbindlichkeit kann lediglich darin bestehen.

[2]) Planck I Anm. 1 zu § 181 S. 315.

fassen, der auf Herbeiführung eines bestimmten, den Gegenstand des Vertrages bildenden Erfolges gerichtet ist, sie müssen ihren Willen auch erklären, sonst kann nie ein Vertrag entstehen.

Wir haben gesehen, daß von dem Erfordernis zweier Personen und zweier Willen abgesehen werden und durch einen von einer Person gefaßten einheitlichen Willensentschluß die Wirkung, die sonst ein Vertrag erzielt, herbeigeführt werden kann. Dies ist aber immer nur unter der Voraussetzung möglich, daß der mit sich selbst kontrahierende Vertreter den Willen auch erklärt. Es müssen alle Bedingungen, die für einen Vertrag notwendig sind, in analoger Weise beim Selbstkontrahieren erfüllt sein: dort: zwei Personen, zwei Willen, zwei Erklärungen; hier: eine Person, Wille, eine Erklärung.

Solange der Selbstkontrahent den in seinem Innern gefaßten Willensentschluß nicht äußert und der Außenwelt kund gibt, kann von einem Selbstkontrahierungsakte keine Rede sein. Lediglich für sich gehaltene Monologe können keine rechtliche Beachtung beanspruchen. Es muß vielmehr eine Bindung des Selbstkontrahenten eintreten, die in einer Erkennbarmachung des Selbstkontrahierens besteht.

Aus der Natur des Selbstkontrahierens ergibt sich aber, daß die Erkennbarmachung eines Selbstkontrahierungsaktes nicht dem Vertretenen gegenüber zu erfolgen braucht. Sie ist nämlich nicht identisch mit dem das Rechtsgeschäft erzeugenden Willensentschlusse des Vertreters. Diesen Entschluß faßt ja der Vertreter sowohl in seiner Eigenschaft als Privatperson als auch als Vertreter; da er als solcher aber den Willen des Vertretenen verkörpert, bedarf es nicht einer Mitteilung des Entschlusses an den Vertretenen.[1]) Der Entschluß kann auch viel später geäußert werden, als er gefaßt worden ist. Freilich wird sein Vorhandensein erst von der Äußerung an gerechnet. Letztere hat daher lediglich den Zweck, dem Vertretenen bezw. einem Dritten gegenüber festzustellen, daß ein Rechtsgeschäft im Wege des Selbstkontrahierens zustande gekommen ist; sie ist daher

---

[1]) Entsprechendes gilt, wenn der gemeinsame Vertreter zweier Personen zwischen diesen ein Rechtsgeschäft vornimmt.

keine empfangsbedürftige, sondern eine sogen. stille Willenserklärung.[1])

Die beste und sicherste Art der Erkennbarmachung eines Selbstkontrahierungsaktes besteht in der Mitteilung an den Vertretenen,[2]) daß ein Rechtsgeschäft durch Selbstkontrahieren vorgenommen sei.

Doch wird dieser Weg weniger häufig gewählt werden, da er oft zu umständlich, oft unmöglich sein und nicht im Sinne des Vertretenen liegen wird.

Über die Art und Weise der Erkennbarmachung herrschen verschiedene Ansichten. Eine sehr enge Auffassung vertritt Hupka,[3]) der z. B. eine vom Selbstkontrahenten verfaßte Vertragsurkunde nicht als genügende Willenserklärung gelten lassen will,[4]) da sie von ihm jederzeit vernichtet werden könne.[5]) Auch die Abgabe der Erklärung vor unbeteiligten Dritten genüge nicht;[6]) denn sie biete in der Regel keine sichere Gewähr für das Vorhandensein des Willens, sich unmittelbar rechtlich zu binden. Eine solche bilde nur die Erklärung vor einer öffentlichen Urkundsperson[7]) (Richter, Notar, Grundbuchbeamter) oder gegenüber der Partei bezw. den beiden Vertretern selbst. Dem sei gleichzustellen der Eintrag in die der privaten oder öffentlichen Kontrolle unterliegenden Vormundschafts- und Handelsbücher. Viel weiter geht die herrschende Meinung. Diese hat es vermieden, (wie bei der Mannigfaltigkeit der Fälle, welche vorkommen können, natürlich erscheint) eine bestimmte Norm

---

[1]) Diesen Ausdruck verwendet: Cosack I § 68 I e S. 293.

[2]) Lepa S. 231 läßt überhaupt nur diese Art der Erkennbarmachung gelten.

[3]) Hupka S. 278.

[4]) Im Gegensatz zu Rümelin S. 232.

[5]) Ebenso Lenel S. 50, Urban S. 90.

[6]) Ebenso Urban S. 89, welcher sagt: „Niemand wird behaupten, daß der Selbstkontrahent sich gebunden fühle und nach der Verkehrsanschauung tatsächlich gebunden sei, wenn er z. B. im Eisenbahnwagen einigen ihm fremden Mitreisenden seinen Willen offenbart".

[7]) Urban S. 89: will nicht einmal dies gelten lassen, da die Erklärung sich bei den Akten befinde und kein Dritter — insbesondere der Vertretene — etwas von dem Selbstkontrahierungsakt erfahre.

aufzustellen, sondern begnügt sich mit Beispielen. Es werden zur Erkennbarmachung für genügend erklärt: Schriftliche Beurkundung z. B. Bucheintrag,[1 5 6]) Erklärung vor einem Notar[2]) oder einer andern Urkundsperson,[4 6]) Akzept eines Wechsels,[2]) Zustellung einer Urkunde durch einen Gerichtsvollzieher,[2]) Erklärung vor Zeugen,[3 4 6]) tatsächliche Überführung des Geldes in die Kasse, wenn auch Buchung noch nicht erfolgt ist.[3 5 6])

Auf einem ähnlichen Standpunkte steht das Reichsgericht. Es erfordert eine Erklärung des Willens seitens des Selbstkontrahenten, und zwar in der Weise, daß eine einseitige Rücknahme nicht möglich ist.[7]) Als genügende Erklärung sei aufzufassen die Eintragung in Handelsbücher.[7]) Auch ein Akzept auf einen Wechsel sei als Erkennbarmachung zu betrachten.[8 9])

Eine übereinstimmende Ansicht läßt sich jedenfalls aus diesen Beispielen insofern feststellen, als das Reichsgericht eine Willensäußerung des Selbstkontrahenten verlangt, die nicht mehr beseitigt werden kann, und diese Auffassung offenbar auf die von mehreren Schriftstellern[10]) geteilte Meinung hinausläuft, daß eine Kenntlichmachung des Selbstkontrahierungsaktes durch Niederschrift auf ein Blatt Papier nicht genüge, weil der Selbstkontrahent sich durch eine solche Erklärung nicht gebunden fühle und sie jederzeit wieder vernichten könne.

---

[1]) Dernburg I § 170 Anm. II 1 S. 588.

[2]) Endemann I § 80 Anm. 34 S. 401.

[3]) Oertmann Anm. 4a zu § 181.

[4]) Staudinger I Anm. 7 zu § 181, will aber nicht gelten lassen schriftliche Erklärungen des Vertreters an sich selbst, solange sie vernichtet werden können.

[5]) Fischer bei Fischer-Henle Anm. 8 zu § 181.

[6]) Motive Bd. 1 S. 224.

[7]) RG. Bd. 6 S. 11 (sh. S. 14).

[8]) RG. Bd. 7. S. 119.

[9]) Nicht zu billigen ist aber die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 2. 1890 bei Gruchot Bd. 34 (Beil.) S. 956 ff.: Ein Vormund hatte seinen Mündeln mehrere Hypothekenforderungen schenkungsweise abgetreten. Trotz Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Cessionsurkunde leugnet das Reichsgericht das Vorhandensein einer genügenden Annahmeerklärung namens der Mündel.

[10]) Hupka, Lenel, Urban, Staudinger a. a. O.

Die dem Selbstkontrahenten offen stehende größere oder geringere Möglichkeit, ein der Außenwelt sichtbar gemachtes Geschäft wieder zu beseitigen, hat u. E. mit der Erkennbarmachung des Selbstkontrahierens nichts zu tun. Ein Selbstkontrahierungsakt, der in ein Handelsbuch eingetragen worden ist — was allgemein als hinreichende Willensäußerung angesehen wird, — kann auch wieder beseitigt werden, bevor der Vertretene oder ein Dritter etwas davon erfährt, indem der Vertreter z. B. das Buch vernichtet oder die Eintragung unkenntlich macht. Warum sollte sich der Vertreter, wenn er erst die ernste Absicht hat, ein Rechtsgeschäft durch Selbstkontrahieren vorzunehmen, durch Niederschrift seines Willens auf ein Blatt Papier nicht ebenso gebunden fühlen wie durch Eintragung in ein Handelsbuch? Man wird vielmehr immer von einem gegebenen Falle ausgehen und je nach der Lage der Sache verschieden urteilen müssen.

Ist die Kenntlichmachung eines Selbstkontrahierungsaktes nur auf einem losen Blatt Papier erfolgt, so wird man aus den Umständen, insbesondere unter Berücksichtigung des im Handel und Verkehr üblichen Brauches, schließen müssen, ob sie genügt. Kommt man dabei zu dem Ergebnis, daß sie nicht genüge, so braucht der Vertretene das Geschäft nicht gelten zu lassen.

Zur Erläuterung mögen folgende Beispiele dienen: Wenn dem Verwalter einer kleinen Wirtschaft von deren Eigentümer gestattet worden ist, seinen Bedarf an Getreide, Milch, Geflügel zum üblichen Preise zu entnehmen und er die einzelnen Posten auf einen Bogen Papier oder in ein kleines Notizbuch schreibt, da eine Buchführung bei der Einfachheit der Wirtschaftsführung nicht besteht, so wird man diese Geschäfte doch nicht für unwirksam erklären mit der Begründung, „durch eine derartige Erklärung — Niederschrift auf ein Papier, das in den Schreibtisch gelegt wird, — fühle sich niemand gebunden."[1])

Anders liegt die Sache, wenn wir es mit dem Inspektor eines größeren Landgutes zu tun haben. Wenn dieser — da er gleichzeitig bei sich bietender Gelegenheit auf seine Rechnung

[1]) Lenel a. a. O. Sh. S. 40 Anm. 5.

Pferdegeschäfte betreibt — berechtigt ist, von ihm gekaufte Pferde an seinen Gutsherrn mit 15% Zuschlag zu dem Einkaufspreise im Wege des Selbstkontrahierens weiter zu verkaufen, so wird er sich zum Nachweise eines derartigen Geschäfts nicht auf eine Notiz berufen können, die er auf ein Stück Papier entworfen hat, wenn er Wirtschaftsbücher führt und eine Buchung in diese hätte vornehmen können.

Und warum sollte nicht — und damit kommen wir auf die Bedeutung einer Erkennbarmachung durch Zeugen zu sprechen — ein zwischen dem Inspektor und dem Gutsherrn durch Selbstkontrahieren des ersteren zustande gekommener Kaufvertrag dadurch in genügender Weise zum Ausdruck gebracht werden können, daß der Inspektor seinen Wirtschaftseleven und Assistenten sagt: „Dieses Pferd hier verkaufe ich unserm Chef, das paßt gut für ihn und wird ihm gefallen; führen Sie es in den Stall?" Es würde dann, wenn aus irgendeinem Grunde eine Eintragung in die Wirtschaftsbücher[1]) unterblieben ist oder sich nicht mehr nachweisen läßt, eine ausreichende Erkennbarmachung in der Erklärung vor den Zeugen[2]) zu erblicken sein. Freilich muß der Vertreter die ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Absicht haben, die Leute, denen gegenüber er den Geschäftsabschluß kundgibt, als Zeugen zu benutzen.[3]) Es werden daher regelmäßig als Zeugen nur die sogen. zugezogenen Zeugen gelten dürfen.[4])

---

[1]) Eine solche würde man bei diesem Beispiel zur Erkennbarmachung eines Selbstkontrahierungsaktes in erster Linie für erforderlich erachten, da es sich um ein den Wirtschaftsbetrieb betreffendes Geschäft handelt und dieses nach dem herrschenden Brauch gebucht zu werden pflegt.

[2]) Eine Erkennbarmachung des Kaufpreises wird oft nicht erforderlich sein, da er in den meisten Fällen schon vorher bestimmt oder, wie in obigem Beispiel, bestimmbar sein wird. Trifft letzteres zu, so hat der Vertreter die Bestimmbarkeit zu ermöglichen; in unserem Falle wird er also einen Schein vorlegen müssen, aus dem hervorgeht, welchen Preis er dem Verkäufer gezahlt hat.

[3]) Diese Absicht würde man nicht annehmen können, wenn er z. B. abends am Biertisch von dem erfolgten Geschäftsabschluß erzählt. Sh. auch das zutreffende Beispiel Urbans S. 40 Anm. 6.

[4]) Auch die Motive Bd. I S. 224 sprechen von „zugezogenen Zeugen".

Zu billigen ist ferner nicht die Ansicht Urbans,[1]) daß die Abgabe der Erklärung durch den Selbstkontrahenten vor einer Urkundsperson nicht genüge, wenn diese nicht ausdrücklich verpflichtet sei, dem Vertretenen Mitteilung zu machen, weil sonst der Vertretene von dem erfolgten Geschäftsabschlusse keine Kenntnis erhalte. Daß der Vertretene von dem Geschäftsabschlusse etwas erfahre, ist aber auch nicht erforderlich; denn dies ergibt sich schon aus der Natur der den Selbstkontrahierungsakt kennzeichnenden Willensäußerung als einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung. Wenn z. B. ein Angestellter aus dem Geschäfte seines Prinzipals Waren für sich entnimmt und den Kaufpreis in die Kasse legt, wird in den meisten Fällen der Geschäftsherr nichts davon erfahren, oft auch dann nicht, wenn der Verkauf mit dem Namen des Käufers — also des Angestellten — in ein Geschäftsbuch eingetragen ist, weil der Inhaber des Geschäftes seine Bücher entweder nicht selbst durchsieht oder, wenn er dies auch tut, nicht jeden Posten prüft. Und wozu braucht er auch von dem Kaufe Kenntnis zu erhalten, wenn er kein Interesse daran hat! Es genügt vielmehr, wenn er in der Lage ist, sich jederzeit diese Kenntnis zu verschaffen, indem er z. B. durch Vergleich der abgegangenen Waren mit den Einnahmen feststellt, daß der betreffende Gegenstand verkauft ist und durch Befragen des Angestellten diesen als Käufer ermittelt oder bei einer Buchung den betreffenden Posten sucht. Ebenso kann der Vertretene, wenn der Vertreter vor einer Urkundsperson das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, durch Einsicht der Akten oder Erforderung einer Protokollabschrift sich den gewünschten Aufschluß holen.

Das Gesagte können wir in folgende Leitsätze zusammenfassen: Ob eine genügende Erkennbarmachung des Selbstkontrahierens vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falls, besonders nach dem im Handel und Verkehr üblichen Brauche, zu beurteilen. Der Vertretene braucht von dem Selbstkontrahierungsakte keine Kenntnis zu erhalten; er muß aber in der Lage sein, sie sich zu verschaffen.

---

[1]) Urban S. 89.

§ 15.

Die Erkennbarmachung bei der Eigentumsübertragung im besonderen.

Besonders wichtig wird die Erkennbarmachung sein bei einer vom Selbstkontrahenten vorgenommenen Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium und brevi manu traditio.

Eine sehr eng begrenzte Ansicht vertreten in diesem Punkte wiederum im Gegensatze zur herrschenden Meinung Hupka und Urban,[1]) welche die Absonderung der zu übergebenden Sache selbst dann nicht als ausreichende Betätigung des Übereignungswillens ansehen, wenn die abgesonderte Sache mit dem Namen des Vertretenen versehen ist. Ein solcher Vorgang sei lediglich „ein Internum in der Wirtschaft des Besitzers, der jeden Augenblick wieder beseitigt werden könne“.

Diese Auffassung steht im Widerspruche zur Rechtsprechung. Besonders die Praxis des Reichsgerichts bietet uns einige interessante Fälle, deren Erörterung angebracht erscheint:

In dem Vermögen eines in Konkurs geratenen und flüchtig gewordenen Bankiers fand man eine mit dem Namen des Klägers — Kunden des Bankiers — versehene Schleife, in der sich eine Aktie über 1200 ℳ befand, die der Bankier dem Kläger schuldete. Dies hält das Reichsgericht als genügende Kenntlichmachung der durch den Bankier als Vertreter des Kunden bewirkten Eigentumsübertragung auf letzteren mittels constitutum possessorium und gibt daher dem Anspruche des Klägers auf Herausgabe der Aktie statt.[2]) In einem andern Falle[3]) wird zur Erkennbarmachung der Übertragung des vom Pfandgläubiger aus dem Erlöse des Pfandgegenstandes erzielten Überschusses an den Schuldner nur erfordert, daß der Betrag in einen mit dem Namen des Schuldners bezeichneten Briefumschlag gelegt wird. Ferner gehört hierher eine besonders bemerkenswerte Entschei-

---

[1]) **Hupka** S. 279, **Urban** S. 91.

[2]) RG. Bd. 52 S. 130.

[3]) RG. Bd. 63 S. 16.

dung, die über den Einkaufskommissionär handelt:[1]) Die Klägerin hatte Aktien an ihre Kunden verkauft und diese in die für die Depositen der einzelnen Kunden bestimmten Mappen oder in Papierstreifen gelegt, die mit den Namen der Kunden versehen waren. Das Reichsgericht nimmt in Übereinstimmung mit dem Kammergerichte an, daß dadurch rechtswirksam eine Übereignung der Aktien stattgefunden habe. Allerdings bestimme der § 7 Abs. 1 S. 1 des Depotgesetzes,[2]) daß bei der Kommission zum Einkauf von Wertpapieren (§ 3) das Eigentum an diesen mit der Übersendung des Stückeverzeichnisses übergehe. Obwohl die Übersendung eines solchen Verzeichnisses nicht stattgefunden habe, sei das Eigentum doch übergegangen, da der Schlußsatz des Abs. 1 § 7 ausdrücklich vorsehe, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, nach welchen der Übergang des Eigentums schon in einem früheren Zeitpunkte eintrete, unberührt blieben. Daher habe die Klägerin das Eigentum schon dadurch übertragen können, daß sie die Aktien in äußerlich erkennbarer Weise in das Depot der Kunden gelegt und mit sich selbst als Vertreterin der Kunden den dinglichen Vertrag geschlossen habe, der die Übertragung des Eigentums nach den §§ 181, 930 BGB. bewirke.

Diese in allen Punkten zu billigende Entscheidung lehrt uns, daß durch § 7 Abs. 1 S. 2 des Depotgesetzes der Einkaufskommissionär hinsichtlich der Eigentumsübertragung von Wertpapieren an den Kommittenten einem mit sich selbst kontrahierenden Vertreter des Bürgerlichen Rechts gleichgestellt ist. Dies bezieht sich aber nur auf den Abschluß des die Übertragung des Eigentums vermittelnden dinglichen Vertrages. Denn für den obligatorischen Vertrag im Falle des Selbsteintritts bleibt die Bestimmung des § 400 Abs. 2 HGB. maßgebend. Danach muß der erfolgte Selbsteintritt dem Kommittenten mitgeteilt werden, wodurch er im Gegensatze zum Selbstkontrahierungsakte als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft gekennzeichnet wird.[3])

---

[1]) RG. Bd. 63 S. 403.

[2]) Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.

[3]) Sh. S. 63.

Diese vom Reichsgericht und Kammergericht entwickelten Grundsätze über die Erkennbarmachung der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium seitens des Selbstkontrahenten sind durchaus zutreffend und haben auch in der Literatur Anerkennung gefunden.[1])

Zu untersuchen wären aber noch folgende in der Rechtsprechung zum Teil noch nicht erörterte Fragen:

1. Genügt die Erkennbarmachung der Übereignung (des dinglichen Vertrages) zu ihrer Rechtsgültigkeit oder bedarf es auch der Kenntlichmachung des obligatorischen Rechtsgeschäfts?
2. Genügt letztere ohne die erstere?
3. Kann die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium nur durch äußere augenfällige Erkennbarmachung geschehen?

Wenn eine Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium in der Weise sichtbar gemacht wird, wie es z. B. in dem oben erwähnten Falle geschehen ist, daß in dem Vermögen eines Bankiers eine mit dem Namen eines Kunden versehene Schleife gefunden wird, in der sich ein Wertpapier befindet, so ist zu untersuchen: Welches Rechtsgeschäft, welche causa liegt dieser Eigentumsübertragung durch eine schlüssige Handlung zugrunde? Sie muß auf ein Rechtsverhältnis schließen lassen, welches die Übertragung rechtfertigt. Es wird aber nicht unbedingt notwendig sein, daß dieses Rechtsverhältnis durch den Selbstkontrahenten offen gelegt wird. Es genügt vielmehr, daß er durch die schlüssige Handlung andeutet, es geschehe die Übertragung in Erfüllung eines Rechtsgeschäftes, und auf andere Weise der Nachweis erbracht wird, um was für ein Geschäft es sich handelt. In dem S. 45 erwähnten Falle kann der Nachweis z. B. durch den Kläger erfolgen, indem er beweist, daß er mit dem Bankier in dauernder Geschäftsverbindung gestanden hat und ihm ein Anspruch auf Herausgabe der Aktie zusteht.[2]) Der Beweis eines der Übertragung

---

[1]) Staudinger Anm. 7 zu § 181; Oertmann Anm. 4a zu § 181; Planck Anm. 5 zu § 930; Staub Anm. 32, 33 zu § 383.

[2]) Aus den Handelsbüchern des Bankiers braucht daher das obligatorische Rechtsverhältnis sich nicht notwendig zu ergeben.

zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses muß aber immer geliefert werden. Daher wird z. B. eine schenkungsweise Übertragung durch Getrenntlegen nur möglich und rechtsgültig sein, wenn der Bankier gleichzeitig in seine Handelsbücher eine Eintragung bewirkt, aus der die Schenkung ersichtlich ist, oder der Kläger eine gerichtliche oder notarielle Urkunde vorlegt, aus der sich ein Schenkungsversprechen ergibt.[1])

Anderes muß jedoch für den umgekehrten Fall gelten, mit der Maßgabe, daß in dem einen Punkte Übereinstimmung herrscht: Liegt ein bestimmtes Rechtsverhältnis vor und ergibt sich aus diesem die Verpflichtung zur Leistung einer Geldsumme oder eines Gegenstandes, so muß sowohl das Rechtsverhältnis als auch die Übereignung der Summe bezw. des Gegenstandes erkennbar sein. Die Abweichung besteht aber darin: Es genügt nicht, wenn der Selbstkontrahent nur das Rechtsverhältnis offen legt, er muß auch die Übereignung, durch welche der von ihm vorgenommene dingliche Vertrag zum Ausdruck kommt, kenntlich machen. Dieser Vertrag kann nämlich nur vom Selbstkontrahenten selbst geschlossen werden, da er einen Teil der sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden Verbindlichkeit bildet;[2]) demnach

[1]) Es muß daher — wie es das Reichsgericht mit Recht tut (sh. RG. Bd. 63 S. 10 ff) — aus dem ganzen Sachverhalt gefolgert werden, ob eine wirkliche Eigentumsübertragung beabsichtigt war oder das Getrenntlegen nur einen inneren Vorgang im Geschäftsbetriebe des Bankiers bedeutet. Die Hupkasche Theorie krankt u. E. daran, daß sie auf einen praktischen Fall nicht paßt. Wenn man aber von einem solchen ausgeht, kann die Sachlage nur folgende sein: Haben wir es mit einem Getrenntlegen von Geld oder Wertpapieren zu tun, so entsteht die Frage: Welchen Zweck hat diese Absonderung, beruht sie auf dem Rechtsgrunde? Wird nun festgestellt, daß derjenige, welcher sie vorgenommen hat, zu einer Leistung verpflichtet ist, sei es aus einem Darlehnsvertrage, einem Kaufvertrage oder einem sonstigen Rechtsgeschäfte, so kann nicht zweifelhaft sein, daß die Kenntlichmachung in Erfüllung dieser Verpflichtung geschehen ist und eine Eigentumsübertragung bezweckt war. Ob der Vertreter dabei die Absicht gehabt hat, die Absonderung später wieder rückgängig zu machen, kann vollkommen gleichgültig sein. Der Rechtsfall ist zu entscheiden nach den Ereignissen des Lebens, die eingetreten sind, nicht nach denen, die hätten eintreten können.

[2]) Sh. S. 36, 37.

kann die Übereignung nur durch den Selbstkontrahenten erfolgen. Ein Nachweis der Übereignung durch einen Dritten ist daher nur möglich, wenn der Selbstkontrahent sie erkennbar gemacht hat.[1]) In den erwähnten Beispielen würde es also nicht genügen, wenn sich aus den Handelsbüchern des Bankiers ergäbe, daß er dem Kunden X eine genau bezeichnete Aktie über 1200 M. schulde, diese aber mit andern dem Bankier gehörigen Papieren vermischt wäre; der Inspektor[2]) nur eine Eintragung in das Wirtschaftsbuch bewirken würde, daß er das Pferd dem Gutsherrn verkauft habe, ohne dies äußerlich erkennbar zu machen, indem er es zu den Gutspferden stellt oder — wenn es für den persönlichen Gebrauch des Gutsherrn bestimmt ist — diesem übersendet.[3])

Kann aber die Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium auch auf andere Weise erfolgen, als durch Absonderung und Sichtbarmachung? Wäre es möglich, daß der Bankier in sein Handelsbuch einträgt: „Die unter meinen Wertpapieren sich befindliche Aktie der Schles. Bodenkreditaktiengesellschaft Nr. 1536, über 1200 M. lautend, schulde ich meinem Kunden X und übergebe sie ihm hiermit“ und dadurch auf den Kunden das Eigentum an der Aktie überträgt?

Diese Frage ist zu verneinen. Ein Gegenstand kann aus meinem Vermögen nicht ausscheiden und in das eines andern übergehen, indem ich erkläre, daß er nicht mehr mir gehört, sondern ich muß eine sinnlich wahrnehmbare, augenfällige Hand-

---

[1]) Die Richtigkeit des Gesagten ergibt sich aus dem logischen Schlusse: Aus dem Sekundären (Übereignung) kann zwar das Primäre (Rechtsverhältnis) gefolgert werden, nicht aber aus dem Primären das Sekundäre.

[2]) Sh. das Beispiel S. 42, 43.

[3]) Freilich wird dies erst zu geschehen brauchen, wenn die Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Hat der Verkäufer (Inspektor) aber die Kasse des Käufers (Gutsherrn) unter sich, was regelmäßig der Fall sein wird, so hat er es in der Hand, die Zahlung sofort zu bewirken, und er wird dies im Zweifel gleich bei der Erkennbarmachung des Kaufes tun müssen; daher wird auch die Kenntlichmachung der Eigentumsübertragung in diesem Zeitpunkt zu geschehen haben.

lung vornehmen, durch welche die Übereignung zum Ausdruck gebracht wird. Will ich ihn der Person, an welche die Übereignung erfolgen soll, nicht selbst übergeben, ihn vielmehr in meinem Besitz behalten, so muß er von meinem Vermögen gesondert und als zum Vermögen des andern gehörig bezeichnet werden.

Man könnte nun einwenden: § 930 BGB. verlangt ja aber nicht, daß eine Änderung in dem Besitze der Sache, welche zu Eigentum übertragen wird, eintrete. Der frühere Eigenbesitzer z. B. besitzt jetzt die Sache als Mieter, er bleibt aber Besitzer; für einen Dritten ist eine Änderung des Eigentums nicht erkennbar. Ob nun der Bankier die Wertpapiere getrennt legt oder sie mit den seinigen vermischt, er bleibt in jedem Falle unmittelbarer Besitzer und der Kunde mittelbarer; der Übertragungswille ist aber hinreichend durch die Eintragung in das Handelsbuch sichtbar gemacht.

Dieser Gedankengang ist falsch. Die Eigentumsänderung, die bei Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses eintritt, durch welches der Eigentümer den unmittelbaren, der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, braucht zwar für einen Dritten nicht sichtbar zu sein, sie ist es aber immer für den Erwerber, der die Vereinbarung mit dem Eigentümer getroffen hat. Einer besonderen Kenntlichmachung gegenüber Dritten bedarf es daher nicht, da das Rechtsverhältnis nur zwischen Eigentümer und Erwerber besteht. Wenn aber der Selbstkontrahent, in unserem Beispiele der Bankier, die dem Kunden gehörige Aktie mit seinen Papieren vermischt, so ist der beabsichtigte Eigentumsübergang nicht nur für Dritte nicht erkennbar, sondern auch nicht für den Kunden, welcher der Erwerber sein soll. Durch eine Eintragung in ein Handelsbuch, daß die Übertragung des Eigentums erfolgt sei, wird diese aber nicht bewirkt und genügend für den Kunden offenbar gemacht, selbst wenn sie zu seiner Kenntnis kommen sollte.[1]) Denn die wirkliche Sachlage steht mit der Eintragung nicht im Einklange. Den Willen, den der Bankier durch die Buchung zum Ausdruck bringen wollte, hat er nicht in die Tat

[1]) Dies würde z. B. nicht der Fall sein, wenn der Bankier seine Geschäftsbücher vor seiner Flucht vernichtet hätte.

umgesetzt. Man muß daher annehmen, daß er durch die Unterlassung der Absonderung diesen Willen wieder aufgehoben hat. Zu demselben Ergebnis würde man kommen, wenn der Bankier seinem Kunden nur mitgeteilt hätte, daß er die Aktie für ihn gekauft und in Verwahrung genommen habe, ohne sie in äußerlich erkennbarer Weise von seinem Vermögen zu sondern.[1])

Wie verhält es sich nun, wenn das Besitzkonstitut zwischen dem Eigentümer (Vertreter) und Erwerber (Vertretenen) schon vorher vereinbart worden ist und der Eigentümer auf Grund dieser Vereinbarung Eigentum auf den Erwerber übertragen will?[2]) Diese Vereinbarung hat zur Folge, daß das Eigentum schon mit dem Erwerbe eines Gegenstandes durch den Vertreter auf den Vertretenen übergeht und das Konstitut von selbst eintritt,[3]) wenn der Vertreter die Absicht hatte, für den Vertretenen zu erwerben. Diese Absicht muß aber äußerlich erkennbar sein; der bloße Wille des Vertreters genügt nicht.[4]) Es müssen daher dieselben Grundsätze für die Erkennbarmachung der Eigentumsübertragung Anwendung finden, die oben entwickelt worden sind. Der Unterschied besteht nur darin, daß dort die Eigentumsübertragung durch Absonderung den Abschluß des dinglichen Vertrages durch den Selbstkontrahenten bedeutet, hier dagegen lediglich die Absicht, Eigentum zu übertragen.[5])

Das Gesagte können wir kurz in folgende Sätze zusammenfassen: Die Erkennbarmachung der durch constitutum possessorium erfolgten Eigentumsübertragung muß durch den Selbstkontrahenten, und zwar durch eine sinnlich wahrnehmbare Handlung (Getrenntlegen, Überführung aus einem Vermögen in das andere)

---

[1]) Sh. den ähnlichen Fall in RG. Bd. 73 S. 415 ff.

[2]) Sh. das Beispiel S. 37.

[3]) Przibilla S. 335 und andere (sh. Przibilla S. 336 Anm. 1) halten einen Konstitutsvertrag für die Zukunft für unzulässig. Im Ergebnis stimmt aber ihre Ansicht mit der hier vertretenen überein.

[4]) Ebenso Staub Anm. 33 zu § 383 und RG. in der D. J. Z. 1903 S. 63 (Beil. 31); A. M. RG. Urt. vom 3. 2. 1903 bei Gruchot Bd. 47 (Beil.) S. 987.

[5]) Dies alles gilt entsprechend für die Übertragung durch brevi manu traditio.

erfolgen, gleichviel ob der dingliche Vertrag (die Vereinbarung des § 930) von ihm selbst geschlossen wird oder schon vorher zwischen ihm und dem Vertretenen vorgenommen worden ist. Eines Nachweises des der Eigentumsübertragung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bedarf es immer, doch braucht er nicht unbedingt vom Selbstkontrahenten erbracht zu werden, es kann ihn vielmehr auch ein Dritter liefern.

Entsprechendes gilt für die Eigentumsübertragung durch brevi manu traditio und die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache.

VI. Wirkung des entgegen der Vorschrift des § 181 vorgenommenen Rechtsgeschäfts.

§ 16.

Bei gewillkürten Vertretern.

Ein heißer Kampf ist in der Literatur unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs um die Frage entbrannt, ob ein entgegen der Vorschrift des § 181 vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig ist oder nur unwirksam, also durch nachträgliche Genehmigung des Vertretenen wirksam werden kann.

Das Reichsgericht, das früher auf dem strengeren Standpunkte der Nichtigkeit stand, hat diesen verlassen und sich für die Unwirksamkeit entschieden. Ihm ist ein Teil der Schriftsteller gefolgt, so daß die Auffassung des Reichsgerichts jetzt von der herrschenden Meinung geteilt wird.

Von den Anhängern der früher vom Reichsgericht vertretenen Ansicht,[1] „daß die im § 181 verordnete Nichtigkeit des Geschäftes eine allgemeine sei, die gegen jeden ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben wirke“, wird dies gefolgert aus der Entwickelungsgeschichte des § 181 und der Bedeutung des Wortes „kann nicht“ in der Sprache des BGB.:

Der erste Entwurf habe in solchen Fällen, in denen ein unter § 181 fallendes Rechtsgeschäft für unzulässig erklärt worden sei, die Vertretungsmacht wegfallen lassen.[2])

---

[1]) RG. Bd. 51 S. 426.

[2]) Motive Bd. I S. 101, 224; Bd. IV S. 1088.

Das gegen die Vorschrift des § 181 vorgenommene Geschäft sei daher nicht nichtig gewesen, sondern man habe es als ein vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenes Rechtsgeschäft auffassen müssen. Die Mehrheit der II. Kommission sei aber der Ansicht gewesen, daß ein Verstoß gegen § 181 die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich ziehe und sich nur dadurch der Zweck des Gesetzes, einen Schutz des Vertretenen herbeizuführen, erreichen lasse.

Aber auch aus der Fassung des § 181 müsse man diese Folgerung ziehen. Denn der Ausdruck „kann nicht" weise in der Sprache des Bürgerlichen Gesetzbuchs immer auf eine unheilbare Wirkungslosigkeit des Geschäftes hin. Die §§ 456 bis 458 BGB. enthielten eine Abweichung von diesem Grundsatze, insofern als die mit der öffentlichen Versteigerung einer Sache betraute Person diese nicht für sich kaufen könne. Wenn sie dies aber tue, hänge die Wirksamkeit des Kaufes von der Zustimmung des Verkäufers ab.[1] [2])

Es ist nicht zutreffend, wenn die Nichtigkeit eines gegen § 181 verstoßenden Geschäftes aus der Fassung des Gesetzes gefolgert wird. Der Ausdruck „kann nicht" wird, wie Planck[3]) selbst zugibt, im Bürgerlichen Gesetzbuche verschieden gebraucht und nicht immer in dem eine Nichtigkeit der Zuwiderhandlung herbeiführenden Sinne. Vielmehr besagt der Ausdruck nur, daß solche Rechtsgeschäfte verboten sein sollen, ohne über die Wirkung des Verbotes zu entscheiden. Nach § 134 besteht aber die Wirkung des Verbotes nur dann in der Nichtigkeit des Geschäftes, wenn sich nicht aus dem Gesetze ein anderes ergibt. Dies trifft aber

---

[1]) Sh. Planck I Anm. 3 zu § 181 S. 316. Offenbar will Planck durch Bezugnahme auf §§ 456—458 seine Ansicht stützen, indem er anzunehmen scheint, daß der § 181 eine dem § 458 ähnliche Fassung erhalten hätte, wenn nur Unwirksamkeit nicht Nichtigkeit bezweckt gewesen wäre.

[2]) Die oben entwickelte Auffassung vertreten Planck I Anm. 3 zu § 181; Rehbein I 3 d zu § 181 S. 255; Matthias I § 56 S. 250; Leonhard S. 307; Kohler I S. 497; Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 12; Gareis Anm. 2 zu § 181 S. 216; Cohen S. 55; ferner Rspr. d. OLG. Bd. 3 S. 108, Bd. 8 S. 30.

[3]) Planck I Einleitung S. 27 u. VI zu § 1630.

bei § 181 zu. Denn wenn § 181 die Gestattung des Selbstkontrahierens zuläßt, so muß daraus gefolgert werden, daß ohne die Gestattung die Vertretungsmacht des Vertreters nicht so weit reicht, Rechtsgeschäfte für den Vertretenen vorzunehmen. Dann tritt aber § 177 in Kraft, welcher vorschreibt: „Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines andern einen Vertrag ab, so hängt die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab."[1])

Bedenken, welche bei Beratung des Gesetzentwurfes ein Teil der Kommission hatte — wenn es auch die Mehrheit war — können bei der Erforschung des Sinnes des Gesetzes nicht maßgebend sein, wenn das Gesetz ohne Zwang eine von der Auffassung der Gesetzes-Redaktoren abweichende Auslegung zuläßt.

Die von der herrschenden Meinung geteilte Ansicht hinsichtlich der Auslegung des § 181 steht auch ganz im Einklange mit dem Zwecke des Gesetzes. Das Verbot des Selbstkontrahierens gegen den Willen des Vertretenen soll eine Interessenverletzung des Vertretenen verhüten. Der Vertretene ist aber genügend geschützt, wenn das gegen das Verbot verstoßende Geschäft nur unwirksam ist; er hat es dann immer in seiner Hand, die Genehmigung zu versagen und das Geschäft dauernd unwirksam zu machen. In manchen Fällen würde ihm sogar die Nichtigkeit des Geschäftes Nachteil bringen, und nur dadurch, daß es als unwirksam betrachtet wird und ihm die Möglichkeit der Genehmigung offen steht, kann es zu seinem Vorteil ausschlagen.

---

[1]) Sh. RG. Bd. 67 S. 55. Ob man § 458 BGB. analog auf § 181 anwenden und daraus die Zulässigkeit der nachträglichen Genehmigung folgern kann — wie es das Reichsgericht in RG. Bd. 56 S. 104 tut —, erscheint zweifelhaft, zumal da manche (Sh. S. 53 Anm. 1) aus § 458 gerade das Gegenteil folgern. Nach Dernburg II § 172 S. 21 Anm. 21 liegt der Grund der in den §§ 456 u. 457 enthaltenen Vorschriften nicht in dem Verbot eines Selbstkontrahierens, sondern darin, daß Sicherheit für die Unparteilichkeit der den öffentlichen Verkauf leitenden Person geschaffen werden sollte.

U. E. kann man in den §§ 456 und 457 nur ein Verbot des Selbstkontrahierens erblicken. Der Grund für dieses Verbot mag der von Dernburg angegebene sein.

Der Vertreter befriedigt z. B. den Vertretenen durch Hingabe an Zahlungsstatt[1]) und fällt später in Konkurs. Wäre das Geschäft nicht unwirksam sondern nichtig, so könnte der Vertretene es nicht mehr genehmigen und würde daher nichts erhalten.[2 3])

§ 17.

Bei gesetzlichen Vertretern.

Von praktischer Bedeutung wird der entwickelte Grundsatz allerdings nur sein bei den gewillkürten Vertretern. Denn für die gesetzlichen Vertreter kann die Gestattung, wie erwähnt,[4]) nur durch Gesetz erfolgen. Da aber eine solche, soweit sie überhaupt geschehen ist, vom Gesetze von vornherein festgelegt worden ist, können sich Fälle nachträglicher Genehmigung nicht ergeben, da es an einer für diese zuständigen Instanz fehlt.[5]) Ein solches vom gesetzlichen Vertreter entgegen der Vorschrift des § 181 vorgenommenes Rechtsgeschäft bleibt also dauernd unwirksam. Es liegt aber kein Grund vor, es für nichtig zu erklären,[6]) wie es viele von den Schriftstellern tun, die ein vom gewillkürten Vertreter gegen § 181 verstoßendes Geschäft nur als unwirksam ansehen, da doch die Art des Geschäftes dieselbe bleibt, mag es ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter vorgenommen haben. Um so weniger ist aber die Annahme einer Nichtigkeit gerechtfertigt, als bei Beratung des § 1651 des Entwurfs (jetzt § 1795) von der zweiten Kommission ausdrücklich betont worden ist, daß die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung eines

---

[1]) Diese gilt nicht als ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit (sh. S. 34, 35). Es hätte daher der Gestattung zum Selbstkontrahieren bedurft.

[2]) Dieses Beispiel führt an: Dernburg I § 170 S. 559 Anm. 11. Sh. ferner ein gutes Beispiel bei Enneccerus-Lehmann I S. 197. Sh. zu obigem: RG. Bd. 67, S. 55, 56, Urban S. 55, 56.

[3]) Die im Text vertretene Ansicht haben: Staudinger I Anm. 5 S. 600; Dernburg I § 170, III S. 559; Enneccerus I § 168 II, 2 Anm. 14 S. 428; Hupka S. 343; Fischer bei Fischer-Henle Anm. 6 zu § 181.

[4]) Sh. S. 21, 22.

[5]) So auch Staudinger I Anm. 5 zu § 181 S. 600.

[6]) Z. B. Schneider bei Fischer-Henle Anm. 1 u. 6 zu § 1795, anscheinend auch Staudinger I a. a. O.

gegen den Paragraphen verstoßenden Geschäftes bestehen müsse, während sie bei § 181 eine solche Genehmigung nicht zuließ.[1]) Selbst wenn man annimmt, daß diese Ansicht nur für § 1795 Abs. 1 gilt — manche wollen auch nur diese Beschränkung[2]) — so muß sie u. E. mit viel größerem Rechte auf § 1795 Abs. 2, also die Fälle des § 181, Anwendung finden, da Abs. 1 im Vergleich zum Abs. 2 eine Einschränkung enthält.

Freilich wird in der Regel die Unwirksamkeit eine dauernde sein und daher von der Nichtigkeit sich nicht unterscheiden. Jedoch ist ein Fall denkbar, in welchem die Unwirksamkeit wieder beseitigt werden kann, nämlich dann, wenn der gesetzliche Vertreter mit dem von ihm vertretenen Minderjährigen im Wege des Selbstkontrahierens ein dem § 181 zuwiderlaufendes Rechtsgeschäft abgeschlossen hat und danach der Minderjährige volljährig wird und das Geschäft genehmigt. Eine solche Genehmigung widerspricht nicht dem § 177 Abs. 1 und wird gestützt durch den analogen Fall des § 108, wo im Abs. 3 die nachträgliche Genehmigung ausdrücklich für zulässig erklärt wird.[3] [4])

§ 18.

Wenn zwei Personen denselben Vertreter haben, ist die Genehmigung der beiden Vertretenen erforderlich.

Wenn ein gewillkürter Vertreter zwei Personen vertritt und zwischen diesen durch Selbstkontrahieren ein Rechtsgeschäft vornehmen will, so muß ihm von beiden das Kontrahieren mit sich

---

[1]) Mugdan Bd. 4 S. 1088.

[2]) Z. B. Staudinger a. a. O.

[3]) Staudinger a. a. O. hält den erwähnten Fall auch für möglich, aber mit Rücksicht auf die §§ 177 Abs. 2 und 178 nicht von praktischer Bedeutung. U. E. sind diese Paragraphen überhaupt nicht anwendbar, da sie voraussetzen, daß der Vertrag mit einem Dritten, nicht aber dem Vertretenen abgeschlossen wird. Nur dem Dritten, nicht aber dem Vertreter stehen die Rechte der §§ 177 Abs. 2 und 178 zu.

[4]) Das Reichsgericht hat nur einen Fall behandelt, der den § 1775 Abs. 1 betrifft, und nimmt heilbare Unwirksamkeit des Geschäftes an (RG. Bd. 68 S. 40); es hat aber offenbar bezüglich des § 181 dieselbe Auffassung, da es eine abweichende sonst hervorheben würde, außerdem auch auf RG. Bd. 67 S. 51 Bezug nimmt. Sh. auch S. 85.

selbst gestattet sein. Liegt nur die Gestattung des einen vor, so kann er nur diesen durch seinen Willen binden, und der andere muß nachträglich seine Genehmigung erteilen, wenn das Geschäft wirksam werden soll. Hat keiner von beiden die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren gegeben, so kann der Vertreter keinen von beiden binden, und die Genehmigung beider ist erforderlich. Die Rechtslage ist in diesem Falle so, als wenn zwischen den beiden Vertretenen persönlich ein Vertrag geschlossen würde, dessen Inhalt durch eine dritte Person, den vollmachtlosen Vertreter, bestimmt ist, und ihnen nun die Wahl zusteht, ihn in dieser Form gelten zu lassen oder nicht. Gibt keiner von den beiden Vertretenen oder nur der eine die Genehmigung, so bleibt der Vertrag unwirksam.[1]) Geben sie beide die Genehmigung, ändern aber den Vertragsinhalt ab, so liegt die Vornahme eines neuen Rechtsgeschäftes vor.

§ 19.

VII. Das Selbstkontrahieren des Geschäftsführers ohne Auftrag.

Bei Bejahung der Frage, ob das von einem Vertreter vorgenommene, gegen § 181 verstoßende Geschäft genehmigungsfähig ist, drängt sich uns der Gedanke auf: Wie steht es mit dem Geschäftsführer ohne Auftrag?

Man könnte die Ansicht vertreten, daß das Selbstkontrahieren dem Geschäftsführer gestattet sei, weil das Gesetz es

[1]) Fischer bei Fischer-Henle Anm. 6 zu § 181 scheint anzunehmen, daß die Genehmigung nur eines Teiles notwendig sei. Die dort zitierte Entscheidung des Reichsgerichts (RG. Bd. 67 S. 51) behandelt aber einen Fall, bei dem die Sachlage die Annahme rechtfertigte, daß die Gestattung des Selbstkontrahierens von dem einen Vertretenen erfolgt war, so daß die Genehmigung des andern Vertretenen genügte. Bei dem in der J. W. 08 S. 544 mitgeteilten Urteile des Reichsgerichts verhält es sich ähnlich. Der Wechsel war vom Beklagten schon vorher akzeptiert worden mit der Abrede einer späteren Begebung; seiner nachträglichen Genehmigung bedurfte es daher nicht. Vielmehr war nur die des gewerblichen Buchverbandes notwendig, weil der Kläger ohne dessen Vollmacht den Wechsel an eigene Order gezogen hatte.

nicht verbietet und kein Grund zu einem solchen Verbote vorliegt; denn das gesetzgeberische Motiv — welches dem § 181 zugrunde liegt — einen Interessenwiderstreit zwischen dem Vertreter und Vertretenen zu verhüten, kann bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht durchgreifen, da es dem Geschäftsherrn ja stets freisteht, dem vom Geschäftsführer eingegangenen Geschäfte die Genehmigung zu versagen und dadurch einen ihm drohenden Nachteil zu verhindern.[1])

Das Selbstkontrahieren ist aber ein von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen so abweichendes Rechtsgebilde, daß man nicht schlechthin aus dem Schweigen des Gesetzes auf eine Gestattung wird schließen können. Außerdem muß man aber die im allgemeinen Teil aufgeführten Rechtsregeln nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die im besonderen Teil enthaltenen einzelnen Schuldverhältnisse entsprechend anwenden, daher auch auf die der direkten Stellvertretung der §§ 164 ff. ähnlichen Rechtsverhältnisse des Auftrags und der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ein direkter Stellvertreter ohne Vollmacht ist gleich zu achten einem Geschäftsführer ohne Auftrag; denn ein wesentlicher, grundlegender Unterschied zwischen Vertretung ohne Vollmacht und Geschäftsführung ohne Auftrag ist nicht vorhanden. Ein Vertreter nun, der im Wege des Selbstkontrahierens — ohne daß es ihm gestattet ist — ein Rechtsgeschäft abschließt oder eine Verbindlichkeit aus einem Rechtsgeschäfte erfüllt, dessen Vornahme nicht mehr unter seine Vollmacht fällt, ist in beiden Fällen als Vertreter ohne Vollmacht aufzufassen, weil diese nicht so weit reicht. Ist ein solches Geschäft nur unwirksam — was, wie oben gezeigt, zutrifft — und kann durch Genehmigung des Vertretenen wieder wirksam werden, so kann auch der Geschäftsführer ohne Auftrag derartige Rechtsgeschäfte durch Selbstkontrahieren vornehmen, da ihm die Möglichkeit der Genehmigung durch den Geschäftsherrn offen steht. § 181 ist also auch auf

[1]) Diese Auffassung scheint Cohen S. 46 zu vertreten, der, ohne eine Begründung zu geben, das Selbstkontrahieren des auftraglosen Geschäftsführers für zulässig hält, obwohl er den Standpunkt vertritt, daß § 181 eine die Nichtigkeit begründende Vorschrift enthält.

den Geschäftsführer ohne Auftrag anwendbar. Dieser kann also sowohl ein zweiseitiges und einseitiges Rechtsgeschäft als auch ein solches, das ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht,[1] vornehmen. Diese Geschäfte sind zwar unwirksam, können aber durch Genehmigung des Geschäftsherrn wirksam werden. Eine Genehmigung des Geschäftsherrn wird aber nicht erforderlich sein, wenn das Gesetz ein Geschäft des Geschäftsführers ohne Berücksichtigung des entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn für gültig erklärt. Demnach kann der auftraglose Geschäftsführer gemäß § 679 im Wege des Selbstkontrahierens eine Verbindlichkeit an sich selbst erfüllen, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht nicht rechtzeitig erfüllt werden würde.[2])

Das Reichsgericht[3]) hat die Möglichkeit des Selbstkontrahierens eines Geschäftsführers ohne Auftrag bejaht, ohne aber seine Ansicht zu begründen.

§ 20.
VIII. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines durch Selbstkontrahieren zustande gekommenen Rechtsgeschäfts.

Während ein Verstoß gegen § 181, mag er von einem gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter begangen sein, nur Unwirksamkeit des vorgenommenen Geschäftes begründet, können sich aber auch Fälle ergeben, in denen Nichtigkeit eines Selbstkontrahierungsaktes eintritt.

---

[1]) Die Ausnahme des § 181 „es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht", gilt für den auftraglosen Geschäftsführer naturgemäß nicht. Denn sie gilt auch nicht für einen Vertreter, der die Erfüllung einer Verbindlichkeit aus einem Rechtsgeschäft vornimmt, das über den Rahmen seiner Vollmacht hinausgeht (sh. das Beispiel S. 38), daher erst recht nicht für den Geschäftsführer, bei dem überhaupt keine Vollmacht vorliegt.

[2]) Durch § 681 wird allerdings für viele Fälle des Selbstkontrahierens des auftraglosen Geschäftsführers der Selbstkontrahierungsakt zu einem einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte gemacht und ein wichtiges Merkmal des Selbstkontrahierens beseitigt.

[3]) RG. Bd. 63 S. 18.

Voraussetzung für die Nichtigkeit eines durch Selbstkontrahieren zustande gekommenen Rechtsgeschäftes ist aber immer, daß das die Nichtigkeit herbeiführende Moment der Außenwelt erkennbar wird, da sonst ein Nachweis der Nichtigkeit nicht möglich ist.

Nichtigkeit wird zunächst immer dann vorliegen, wenn durch das Selbstkontrahieren etwas rechtlich Unmögliches erreicht werden soll. Dies würde z. B. zutreffen, wenn der Vertreter, mit sich selbst kontrahierend, dem Vertretenen ein Pfandrecht an einer ihm gehörigen Sache bestellen wollte und die Sache in seinem Besitze behielte. Denn zum Begriffe des Pfandrechts gehört, daß der Pfandgegenstand dem Pfandgläubiger übergeben wird.[1]) Eine Besitzübertragung durch constitutum possessorium ist nicht möglich.[2])

Rechtlich nicht denkbar ist ferner ein Selbstkontrahieren innerhalb des eigenen Rechtsgebietes. Denn man kann z. B. nicht seine eigene Sache kaufen oder sie mit einem Rechte belasten. Berechtigter und Verpflichteter kann niemand in einer Person sein.[3]) Ein solches Geschäft ist daher nichtig, weil erstens kein Selbstkontrahieren und zweitens kein Rechtsgeschäft vorliegt.

Besonders interessante Fälle werden sich bei Anwendung der § 116 ff. auf das Selbstkontrahieren ergeben, und zwar infolge der eigenartigen Doppelstellung des Selbstkontrahenten, der zwei Personen in sich verkörpert, aber nur einen Willen hat.

---

[1]) Das Reichsgericht hat aber in einem in Bd. 67 S. 421 entschiedenen Falle angenommen, daß bei Verpfändung von Weizen, der in einem Schuppen des Schuldners lagert, ein Pfandrecht für den Gläubiger dann entsteht, wenn der Prokurist der Firma des Schuldners den Schlüssel zu dem Schuppen für den Gläubiger an sich nimmt und in seinen Verfügungen von diesem abhängig ist. Der Prokurist sei dann Besitzdiener des Gläubigers und dieser Pfandbesitzer und ersterer habe die Übergabe der Pfandsache als Vertreter des letzteren an diesen mit sich selbst als Vertreter der Firma des Schuldners gemäß § 181 vollzogen.

[2]) Sh. Fischer bei Fischer-Henle, Anm. 8 zu § 1205.

[3]) Von diesem Grundsatze macht das Gesetz eine Ausnahme im § 1009.

Ein geheimer Vorbehalt des Selbstkontrahenten im Sinne des § 116 S. 1 ist nicht möglich. Vielmehr ist nur § 116 S. 2 anwendbar; denn da der mit sich selbst Kontrahierende immer für zwei Personen handelt, kennt er den Vorbehalt z. B. sowohl in seiner Eigenschaft als Privatperson als auch in seiner Eigenschaft als Vertreter. Das Rechtsgeschäft wird daher immer nichtig sein, aber nur unter der erwähnten Voraussetzung, daß der Vorbehalt erkennbar wird. Ein Beispiel bietet ein vom Reichsgericht behandelter Fall,[1]) den wir abweichend vom Reichsgericht in folgender Weise begründen: Wenn ein Postbeamter als Vertreter des Postfiskus mit sich selbst als Privatperson einen Anweisungsvertrag abschließt, indem er Postanweisungen an einen Dritten absendet, dabei aber sich vorbehält, das Geld nicht einzuzahlen — was festgestellt worden ist (Erkennbarmachung!) —, so ist der Vertrag nach § 116 S. 2 nichtig.

Auch § 117 und § 118 sind entsprechend auf den Selbstkontrahenten anzuwenden, ebenso §§ 135 und 138.

In den Fällen der §§ 119 und 123 wird die in § 143 vorgesehene Anfechtung gegenüber dem Vertretenen bezw. den beiden Vertretenen erfolgen müssen; denn da der Selbstkontrahierungsakt erkennbar gemacht werden muß, so ist nach der Erkennbarmachung — mag diese durch Mitteilung an den Vertretenen geschehen sein oder in der Weise, daß der Vertretene nur in die Lage versetzt worden ist, sich davon jederzeit zu überzeugen — eine einseitige Rücknahme der Erklärung durch den Vertreter nicht zulässig, daher auch nicht eine Anfechtung gegenüber sich selbst.

---

[1]) RG. Bd. 60 S. 24.

II. Abschnitt: Besonderer Teil.

Die wichtigsten Fälle des echten und unechten Selbstkontrahierens innerhalb der einzelnen Rechtsgebiete.

§ 21.

I. Im Handelsrecht: Der Kommissionär.

Im Handelsrecht ist der § 400 HGB. von jeher ein Streit- und Zankapfel gewesen, und es sind die verschiedensten Theorien über die Stellung, die der Kommissionär im Falle des Selbsteintritts einnimmt, aufgestellt worden. Während sonst der Kommissionär allgemein als indirekter Stellvertreter angesehen wird, haben sich Zweifel erhoben, ob er beim Selbsteintritt nicht als direkter Stellvertreter aufzufassen ist.

Die sogen. Vertragstheorie [1]) nahm an, daß der Kommissionär beim Selbsteintritte einen Vertrag mit sich selbst und dem Kommittenten abschließe. Die Richtigkeit dieser Auffassung hängt also davon ab, ob man die Möglichkeit eines Vertrages beim Selbstkontrahieren zugibt.

Die Offertentheorie [2]) spricht von einer Kaufofferte des Kommittenten und deren Annahme durch den Kommissionär. Diese Lehre wird wieder in verschiedener Weise durchgeführt: die einen nehmen zwei alternative Offerten an, andere eine Kommissions- und eine Kaufofferte, andere eine eventuelle Offerte.

Eine andere Meinung geht davon aus, daß der Selbsteintritt eine besondere Art der Ausführung des Kommissionsgeschäftes sei. Der Kommissionär schließe mit dem Kommittenten einen

---

[1]) Grünhut S. 468, 484.

[2]) Lepa S. 262: ROHG. Bd. 12 S. 187, Bd. 19 S. 55.

Kaufvertrag ab, indem er erkläre, selbst mit dem Kommittenten kontrahieren zu wollen. Eine Zustimmung des Kommittenten sei nicht notwendig. Man könne sie als im voraus erteilt oder nicht erforderlich betrachten.[1])

Eine unbefangene und ungezwungene Auslegung des Gesetzes muß zu dem Ergebnisse führen, daß der Selbsteintritt des Kommissionärs ein einseitiger Akt ist,[2]) der vollkommen der Handlung eines direkten Stellvertreters im Falle des § 181 gleichkommt.[3]) Trotzdem wird man aber ein durch Selbsteintritt zustande gekommenes Geschäft nicht einem Selbstkontrahierungsakte gleichstellen können.

Wir haben gesehen, daß ein im Wege des Selbstkontrahierens vorgenommenes Rechtsgeschäft zu seiner Gültigkeit die Erkennbarmachung erfordert, die diese bewirkende Willensäußerung des Selbstkontrahenten aber eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Der durch Selbsteintritt erfolgte Abschluß eines Kaufes ist ganz anderer Natur. Der Kommissionär ist nicht nur verpflichtet, dem Kommittenten den Nachweis zu erbringen, daß bei dem von ihm berechneten Kaufpreise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten sei, sondern er muß vor allem die Ausführung des Geschäftes dem Kommittenten anzeigen, und als Zeit der Ausführung gilt der Zeitpunkt, in welchem der Kommissionär die Anzeige von der Ausführung zur Absendung an den Kommittenten abgegeben hat. (§ 400 Abs. 2 HGB.) Durch diese Gesetzesvorschrift ist deutlich der Selbsteintritt des Kommissionärs als empfangsbedürftige Willenserklärung gekennzeichnet, und dadurch das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Selbstkontrahierungsakte gegeben. Der Selbstkontrahent hat also eine freiere Stellung als der den Selbsteintritt ausübende Kommissionär. Freilich ist es möglich, daß der Kommittent den Kommissionär von der

---

[1]) Staub II, S. 1470 Anm. 7; v. Hahn S. 2, 4; ähnlich: Breit S. 54.

[2]) So auch: Rümelin S. 257; Salmann S. 380; Lehmann-Ring Anm. 3 zu § 400 S. 254, 255; Urban S. 35.

[3]) Der formelle Unterschied zwischen § 400 HGB. und § 181 BGB. besteht darin, daß der Selbsteintritt die Regel bildet, das Selbstkontrahieren aber die Ausnahme.

in § 400 Abs. 2 HGB. vorgeschriebenen Anzeigepflicht befreit und z. B. mit ihm vereinbart, daß er einen durch Selbsteintritt erfolgten Geschäftsabschluß ordnungsgemäß buche und ihm — dem Kommittenten — jederzeit Einsicht in seine Bücher gewähre. Dann steht der Kommissionär nicht nur hinsichtlich der das Geschäft erzeugenden Handlung einem direkten Stellvertreter im Falle des Selbstkontrahierens gleich, sondern die rechtliche Natur des Geschäftes ist vollkommen die eines durch Selbstkontrahieren entstandenen Rechtsgeschäftes, nämlich eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.[1]) Es wird daher immer nach der zwischen Kommissionär und Kommittenten getroffenen Vereinbarung zu beurteilen sein, ob der Kommissionär nur als solcher oder als direkter Stellvertreter mit dem Rechte zum Selbstkontrahieren aufzufassen ist.[2])

§ 22.

II. Im Wechselrecht: Akzept und Indossament.

Im Wechselrecht muß man bei Erörterung der Frage, inwieweit ein Selbstkontrahieren möglich ist, einen Unterschied zwischen der Vertragstheorie und der Kreationstheorie machen. Nach der ersteren entsteht die wechselmäßige Verpflichtung nicht schon durch die Abgabe der Wechselerklärung durch den Schuldner, sondern erst mit der in der Absicht der Wechselhaftungsübernahme geschehenen Aushändigung des Wechsels an den Gläubiger,[3]) nach der letzteren dagegen schon mit der bloßen Niederschrift der Wechselerklärung ohne Rücksicht darauf, ob eine Begebung des Wechsels beabsichtigt war oder nicht.[4]) Diese beiden

---

[1]) Hupka S. 339 Anm. 2 findet keinen Unterschied zwischen Selbsteintritt und Selbstkontrahieren.

[2]) Es ist daher der schon in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG. Bd. 2 S. 402) aufgestellte Grundsatz anzuwenden: „Es ist vielfach zweifelhaft und nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen, ob jemand bei einem Rechtsgeschäfte als direkter Stellvertreter oder als Kommissionär anzusehen ist".

[3]) Thoel § 55 S. 215, § 116 S. 437, § 79 S. 272 ff.; Goldschmidt in Ztschr. f. d. g. Handelsr. Bd. 28 S. 84.

[4]) v. Canstein § 19 S. 275 Anm. 27; Dernburg Pr. Privatr. Bd. 2 S. 257 Nr. 2; Lehmann S. 228 ff.; Staub, Wechselr. § 1 zu Art. 21; ferner RG. Bd. 9 S. 58, 59, Bd. 42 S. 88.

Auffassungen werden mit geringen Abweichungen sowohl für die Verpflichtung des Ausstellers wie des Akzeptanten und Indossanten vertreten.[1])

Ist durch Selbstkontrahieren das Akzept eines Wechsels zustande gekommen, derart, daß der Aussteller und Akzeptant des Wechsels dieselbe Person ist, ohne daß eine Gestattung des Selbstkontrahierens erfolgte, so ist nach der Vertragstheorie ein gültiges Akzept nicht vorhanden.[2]) Es ist daher auch nicht möglich, daß der dritte Wechselinhaber aus dem Akzepte Rechte erwirbt.

Anders verhält es sich nach der Kreationstheorie, die vom Reichsgericht vertreten wird. Es nimmt an, daß gemäß § 21 Abs. 4 WO. die verpflichtende Kraft des Akzeptes nicht auf einem Vertragsverhältnisse zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen beruhe, sondern ausschließlich auf der Niederschrift des Akzeptes und der darin enthaltenen einseitigen Willenserklärung des Bezogenen, die nicht dem Aussteller allein, sondern sämtlichen Wechselinhabern gegenüber abgegeben werde und in ihrer Rechtswirkung mindestens dem dritten Wechselinhaber gegenüber völlig unabhängig sei von dem Rechtsverhältnisse zwischen Aussteller und Bezogenem. Diesem gegenüber sei daher das Akzept gültig, vorausgesetzt, daß er sich in gutem Glauben befinde, also keine Kenntnis habe von dem gegen die Vorschrift des § 181 zustande gekommenen Akzept.[3])

Diese Ansicht erscheint uns richtig; doch wollen wir versuchen, sie näher zu begründen unter Berücksichtigung der eigenartigen im Falle des Selbstkontrahierens eintretenden Rechtslage.

Nach der Kreationstheorie ist das Akzept seiner Natur nach eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung;[4]) ihre Wirksamkeit hängt also nicht davon ab, daß sie einer be-

---

[1]) Sh. hierzu Cosack, Handelsrecht § 50 S. 271 ff.

[2]) RG. Bd. 24 S. 90.

[3]) RG. a. a. O. Ebenso Reichsgerichts-Entsch. vom 24. 11 06. Seuff. Bl. Bd. 72 S. 434.

[4]) Sh. Cosack, Handelsrecht S. 271. Dies gilt auch für die Verpflichtung des Ausstellers und des Indossanten.

stimmten Person gegenüber abgegeben wird. Diese Theorie, auf das Akzept angewendet, ergibt, daß selbst dann, wenn eine Gestattung des Selbstkontrahierens nicht erfolgt ist, ein von derselben Person namens des Vertretenen ausgestellter und von ihr im eigenen Namen akzeptierter Wechsel nicht nur jedem dritten Wechselinhaber, sondern auch dem Aussteller gegenüber Geltung hat, da das Selbstkontrahieren auf einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte nicht Anwendung findet.[1])

Es ist klar, daß diese Ansicht mit unserem Rechtsgefühl nicht übereinstimmt. Sie lehrt uns vielmehr, daß wir das der wechselmäßigen Verpflichtung zugrunde liegende Kausalgeschäft nicht unberücksichtigt lassen dürfen, unbeschadet der abstrakten Natur des Wechsels. Dies muß vor allem beim Selbstkontrahieren gelten. Denn die Ausstellung des Wechsels und dessen Annahme durch dieselbe Person deuten mit Sicherheit auf ein obligatorisches Rechtsverhältnis hin.

Das Akzept eines Wechsels geschieht immer mit Rücksicht auf ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen geschlossen worden ist oder noch geschlossen werden soll. Daraus ergibt sich aber, daß das Akzept in erster Linie an die Adresse des Ausstellers gerichtet ist und diesem gegenüber die Bedeutung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung hat, die in Erfüllung oder als Kennzeichen eines obligatorischen Geschäftes abgegeben wird, deren verpflichtende Wirkung aber von dem Geschäfte losgelöst ist. Das Akzept enthält aber gleichzeitig die Verpflichtung des Bezogenen gegenüber dem Remittenten und jedem Indossanten. Zwischen diesen Personen und dem Bezogenen bestehen aber in der Regel keine Rechtsbeziehungen, ein Kausalgeschäft ist nicht vorhanden, ja der Akzeptant weiß bei der Abgabe des Akzeptes meist noch gar nicht, durch wessen Hände der Wechsel gehen wird und wem er sich wechselmäßig verpflichtet. Gegenüber diesen Personen ist daher das Akzept als eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung aufzufassen. Da nun § 181 zwar auf einseitige empfangsbedürftige, nicht aber auf einseitige nicht empfangs-

---

[1]) So z. B. Hupka S. 264 Anm. 1. Sh. auch oben S. 16.

bedürftige Rechtsgeschäfte Anwendung findet, wirkt ein entgegen dem Verbote des § 181 im Wege des Selbstkontrahierens zustande gekommenes Akzept nicht gegen den Aussteller, wohl aber gegen jeden dritten Wechselinhaber.

Voraussetzung für den Anspruch des Dritten ist aber, daß er den Wechsel in gutem Glauben erworben hat, also keine Kenntnis hatte von dem gegen § 181 verstoßenden Selbstkontrahierungsakte des Bezogenen. Denn andernfalls kann der Dritte nach § 74 W. O. zur Herausgabe angehalten werden.[1])

Entsprechendes wird gelten für das Indossament. Der Indossant verpflichtet sich zunächst nur dem Indossatar, auf den er den Wechsel überträgt, auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses. Die Verpflichtung gegenüber den späteren Indossataren ist unabhängig von einem Kausalgeschäft; ihnen gegenüber ist daher das Indossament nur eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung,

Die Frage des Selbstkontrahierens ist daher auch hier nur von Bedeutung im Verhältnis des Indossanten zum Indossatar, nicht aber zu den späteren Wechselinhabern. Für diese gilt nur der Grundsatz vom Erwerb in gutem Glauben.

Der erstere Fall wird getroffen durch eine Entscheidung des Reichsgerichts.[2]) Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht in eigener Person einen ihm gehörigen Wechsel, auf dessen Herausgabe die Gesellschaft keinen Anspruch hat, auf sie übertragen.[3])

---

[1]) Auch das Kammergericht wendet den § 181 für das Wechselrecht an, Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 50: Der alleinige Inhaber einer Firma kann nicht einen Wechsel namens dieser ausstellen und in seiner Eigenschaft als Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft annehmen, wenn ihm dies nicht gestattet ist.

[2]) RG. I. Z. S. Entsch. vom 11. 9. 09 im Recht 13. Nr. 2916 = JW. 09 S. 667.

[3]) Als ein vom Gesetz zugelassener Fall des unechten Selbstkontrahierens ist aufzufassen der trassierte = eigene Wechsel. (Art. 6 Abs. 2 WO.)

III. Im Bürgerlichen Gesetzbuche.

1. Im Sachenrecht.

§ 23.

§ 1009 BGB.

Auch das Sachen- und Grundbuchrecht weist eine Reihe interessanter Fälle auf, bei denen das Selbstkontrahieren eine Rolle spielt.

Einen Fall des Selbstkontrahierens erblickt die herrschende Meinung in § 1009 BGB., welcher bestimmt: „Die gemeinschaftliche Sache kann auch zugunsten eines Miteigentümers belastet werden.

Die Belastung eines gemeinschaftlichen Grundstücks zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks sowie die Belastung eines andern Grundstücks zugunsten der jeweiligen Eigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das andere Grundstück einem Miteigentümer des gemeinschaftlichen Grundstücks gehört."

Cohen[1]) und Urban[2]) meinen, daß es sich bei § 1009 nicht um ein Selbstkontrahieren handle. Der Vertrag werde vielmehr geschlossen zwischen dem Gemeinschafter, zu dessen Gunsten das Recht bestellt werde, und den übrigen Gemeinschaftern; er selbst habe in seiner Eigenschaft als Teilhaber nicht mitzureden; er kontrahiere nicht mit sich selbst, und könne dies auch nicht.

Folgendes Beispiel möge als Erläuterung dienen: A, B, C, D sind Miteigentümer eines Grundstücks, A ist zugleich Alleineigentümer eines andern Grundstücks. Die Miteigentümer A, B, C, D bewilligen dem A zugunsten des in seinem Alleineigentum befindlichen Grundstücks eine Hypothek an dem gemeinschaftlichen Grundstücke. Dann tritt — da die Hypothekenbestellung gemäß § 873 BGB. einen dinglichen Vertrag erfordert[3]) — A nicht nur als Gläubiger auf (in seiner Eigenschaft als Alleineigentümer), sondern auch als Schuldner (in seiner

---

[1]) Cohen S. 53.

[2]) Urban S. 31.

[3]) Sh. auch Motive Bd. III S. 439.

Eigenschaft als Miteigentümer), da die Belastung das ganze gemeinschaftliche Grundstück ergreift, also auch den Anteil des A. A ist also gleichzeitig Berechtigter und Verpflichteter.[1, 2])

Die Auffassung Cohens und Urbans, daß A nur in seiner Eigenschaft als Alleineigentümer und nicht in der doppelten Gestalt als Alleineigentümer und Miteigentümer bei dem Vertrage beteiligt sei und deshalb ein Selbstkontrahieren nicht vorliege, ist daher nicht richtig.

Wir können aber auch nicht im Gegensatze zu der Mehrheit der Schriftsteller[3]) in § 1009 einen Fall des Selbstkontrahierens und eine Ausnahme von dem Verbote des § 181 erblicken.

Die Anwendbarkeit des § 181 bedingt immer das Vorhandensein einer direkten Stellvertretung oder eines dieser ähnlichen Rechtsverhältnisses. Es ist demnach erforderlich, daß wir es mit einem Rechssubjekt zu tun haben, das für zwei Personen auftritt, entweder für sich und eine fremde oder für zwei fremde, und zwischen diesen Rechtsbeziehungen herstellt. In obigem Beispiele verkörpert A aber nur eine Person, nämlich sich selbst, wenn auch in verschiedenen Eigenschaften, einerseits

---

[1]) Cohen und Urban a. a. O. scheinen anzunehmen, daß als Parteien sich gegenüberstehen B, C, D einerseits und A andererseits. Selbst wenn die äußere Form des Vertrages derart wäre, so würde sich die Zustimmung des A zur Belastung des ihm an dem gemeinschaftlichen Grundstücke zustehenden Anteils von selbst ergeben, da nur das „gemeinschaftliche" Grundstück belastet werden kann. Die äußere Form der Hypothekenbestellung ist aber die oben angegebene. Auf der einen Seite stehen A, B, C, D, auf der andern A. (Sh. Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit, auf Veranlassung des Berliner Anwaltsvereins herausgegeben. Berlin 1906: Form. 113, 114, S. 349, 350.)

[2]) Die Hypothek wird hinsichtlich des Anteils des A an dem gemeinschaftlichen Grundstücke nicht Eigentümerhypothek; ihm steht das Zwangsvollstreckungsrecht an dem ganzen gemeinschaftlichen Grundstücke zu. Die Beschränkungen der §§ 1177, 1179 ergreifen sein Recht nicht. (Sh. Oberneck § 61, 3 S. 551, Bayr. OLG. im Recht 02 S. 553 RG. Bd. 26 A 130.)

[3]) Turnau-Förster I Anm. 1 zu § 1009 S. 518; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1009; Staudinger (07) III Anm. 1 b zu § 1009 S. 435. das Reichsgericht (RG. Bd. 47 S. 209) sagt, man könne im § 1009 „vielleicht" eine Ausnahmebestimmung von § 181 sehen.

als Alleineigentümer, andererseits als Miteigentümer. Von einem Vertretungsverhältnis kann dabei aber keine Rede sein. Wir nehmen vielmehr an, daß A ein Rechtsgeschäft im Rahmen seiner eigenen Vermögensmasse vornimmt, insofern er durch seine Mitwirkung bei der Hypothekenbestellung dazu beiträgt, daß das ganze gemeinschaftliche Grundstück, also auch der ihm an diesem zustehende Anteil, zugunsten des sich in seinem Alleineigentume befindlichen Grundstücks belastet wird.

Es handelt sich hier also nicht um ein Selbstkontrahieren, das durch § 181 geregelt ist, sondern um das sogen. unechte Selbstkontrahieren, welches nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht möglich, durch § 1009 aber zugelassen ist.[1]) Während ein derartiges unechtes Selbstkontrahieren innerhalb des eigenen Rechtsgebietes nur eine Vermögensänderung, also ein Schein-Rechtsgeschäft bedeutet, hat es, sobald es vom Gesetze anerkannt ist, die Kraft und Wirkung eines wahren Rechtsgeschäftes.

§ 24.

Kann der Eigentümer zweier Grundstücke das eine zugunsten des andern mit einer Grunddienstbarkeit belasten?

Das beste Beispiel für einen Fall des unechten Selbstkontrahierens, der aber nicht wie § 1009 zur Gesetzesvorschrift erhoben ist, bietet u. E. die Streitfrage, ob der Eigentümer zweier Grundstücke das eine zugunsten des andern mit einer Grunddienstbarkeit belasten könne.

Nach § 1018 kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden. Daraus ergibt sich, daß eine derartige

---

[1]) Die Motive Bd. III S. 439 bemerken: „Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um ein Kontrahieren mit sich selbst, sondern die Duplizität der Stellung des Miteigentümers liegt darin, daß er einerseits als Eigentümer, andererseits als Genosse der Gemeinschaft handelt". Dieselbe Ansicht hat Kuhlenbeck I. Anm. 1 zu § 1009 S. 709. Eine von der herrschenden und der hier vertretenen Meinung abweichende Auffassung vertritt Rehbein I S. 255, der den § 1009 mit der Vorschrift des § 181 nicht in Zusammenhang gebracht wissen will, die rechtliche Natur der Gesetzesbestimmung aber nicht erläutert.

Belastung nicht möglich ist, wenn die beiden Grundstücke demselben Eigentümer gehören.

Diese Ansicht vertritt die in der Literatur vorherrschende Meinung[1]) und das Reichsgericht.[2])

Das Reichsgericht nimmt an, daß nach § 873 BGB. und den Motiven zum I. Entwurfe zum Erwerbe einer Grunddienstbarkeit ein zweiseitiges Rechtsgeschäft notwendig sei; die einseitige Erklärung des Eigentümers der beiden Grundstücke könne die Einigung nicht ersetzen, auch § 181 stehe entgegen, da niemand im eigenen Namen mit sich selbst ebenfalls im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft schließen könne, wenn ihm dies nicht im Gesetze gestattet sei. Auch aus § 19 GBO. könne man die Zulässigkeit einer solchen Erklärung nicht herleiten, da diese Bestimmung das Grundbuchamt nicht verpflichte oder berechtige, Rechtsverhältnisse einzutragen, welche es für widersinnig oder rechtlich unmöglich erachte. Es liege auch keine der im Sachenrecht enthaltenen Ausnahmen vor (z. B. § 1188, 1192, 1195 BGB.), wonach eine einseitige, vom Eigentümer dem Grundbuchamte abgegebene Erklärung zur Entstehung des Rechts genüge, vielmehr sei ein zweiseitiger Akt erforderlich.

Zu demselben Ergebnis kommen die Motive[3]) mit der Begründung, daß der Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines eigenen Grundstücks an einem andern eigenen Grundstücke durch den Eigentümer beider der Umstand hindernd im Wege stehe, daß die Möglichkeit eines Vertrages in diesem Falle nicht anzunehmen sei.

---

[1]) Turnau-Förster Anm. 3 zu § 1018, S. 559; Staudinger III Anm. I zu § 1018; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1018; ebenso Rspr. d. OLG. Bd. 1 S. 427, die mit dem Reichsgericht meinen, daß in der Bestellung einer solchen Grunddienstbarkeit ein gegen § 181 verstoßendes Kontrahieren mit sich selbst zu sehen sein würde.

[2]) Bd. 47 S. 202 ff. 208. Auch für das preußische Recht (§§ 25, 26, 30 ALR. I, 22) stellt das Reichsgericht denselben Grundsatz auf (sh. RG. Bd. 13 S. 251); ebenso für das gemeine Recht, für das der Satz des röm. Rechts galt: nemini res sua servit (D. 8, 2 l. 26) sh. RG. Bd. 47. S. 205 bis 208.

[3]) Motive Bd. III S. 480.

Die Motive scheinen daher auf dem Standpunkte zu stehen, daß die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit deswegen nicht möglich sei, weil der Eigentümer einen Vertrag mit sich selbst gar nicht schließen könne, und nicht deshalb, weil zwar der Abschluß eines solchen Vertrages nach § 181 denkbar — wie das Reichsgericht meint —, aber durch das Gesetz nicht gestattet sei.

Dies würde also im wesentlichen mit der von uns oben angedeuteten Auffassung übereinstimmen, daß es sich auch hier um einen Fall des unechten Selbstkontrahierens handelt, der mit § 181 nichts gemein hat, und nur dann zulässig wäre, wenn er, wie § 1009, gesetzliche Anerkennung gefunden hätte. Diese kann aber bei der Wichtigkeit einer derartigen Vorschrift nur durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung erfolgen. Aus Analogieschlüssen kann man einen so wichtigen Rechtssatz nicht ableiten. Wenn man dies aber auch wollte, so kommt man in unserem Falle zu keinem günstigen Ergebnis.

Die Tatsache allein, daß der § 1009 den Grundsatz von dem Verbote des Selbstkontrahierens innerhalb des eigenen Rechtsgebietes durchbricht, genügt natürlich nicht, um dasselbe auch für § 1018 zu folgern. Auch § 889, welcher bestimmt: „Ein Recht an einem fremden Grundstücke erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstücke erwirbt", kann nicht herangezogen werden.[1]) Denn daraus ergibt sich zwar, daß ein dingliches Recht am eigenen Grundstücke zulässig ist, nicht aber auch, daß es durch den Eigentümer begründet werden kann. Denn die Begründung des Rechts ist entsprechend der Vorschrift des § 873 durch Abschluß des dinglichen Vertrages erfolgt. Die Vorschrift des § 889 ist nur für den Fall getroffen, daß der Eigentümer des Grundstücks später wieder das Recht oder das Grundstück, das mit ihm belastet ist, veräußert. Denn solange sich Recht und Eigentum in einer Person vereinigen, hat ersteres für den Eigentümer lediglich die Bedeutung einer Änderung innerhalb seines Vermögens und ist höchstens für die Wahrung des Rangverhältnisses von Wichtigkeit. Erst nach der

---

[1]) So Dopatka S. 41.

Trennung erlangt das Recht seine Wirksamkeit und früheren Wert wieder. Die erstere Erwägung mag den Gesetzgeber dahin geführt haben, von der Schaffung einer Vorschrift, durch welche die Begründung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines eigenen Grundstücks an einem andern eigenen Grundstücke zugelassen wird, Abstand zu nehmen. Er hat dabei aber den zweiten Gesichtspunkt außer acht gelassen, daß nämlich das eine Grundstück später in eine andere Hand übergehen kann. Denn daß in der Tat ein praktisches Bedürfnis dafür besteht, dem Eigentümer die Bestellung einer derartigen Grunddienstbarkeit zu ermöglichen, ist ohne Zweifel. Jhering [1]) gebraucht folgendes Beispiel: Der Eigentümer von zwei Grundstücken A und B, die so gelegen sind, daß man von A nur über B an den öffentlichen Weg gelangen kann, will das Grundstück B verpfänden. Läßt er nun vorher nicht auf B zugunsten von A eine Wegegerechtigkeit eintragen, so hat, wenn B zum Verkaufe kommt, der Käufer diese nicht zu dulden. Jhering will daher eine solche Eintragung zulassen, weil jemand eine Sache für einen künftigen Rechtszweck binden könne. Diese Bindung nehme das Grundbuchamt vor, während der Eigentümer nur den Anlaß dazu gäbe. Eine Löschung des Rechtes sei auch nur durch das Grundbuchamt möglich. Mit dieser Ansicht will Jhering zum Ausdruck bringen, daß nicht der Eigentümer das Recht erzeuge, sondern das Grundbuchamt und zwar für einen künftigen Zweck, nämlich für den Fall der Veräußerung eines der beiden Grundstücke. Diese Auffassung ist nicht zu billigen, und das Reichsgericht [2]) hat sie mit einer eingehenden Begründung verworfen, der auch wir uns anschließen: Nicht das Grundbuchamt bindet das Recht, sondern lediglich der Eigentümer, auf dessen Ersuchen das Grundbuchamt erst tätig wird. Dieses bezeugt nur den Willen des Eigentümers im Grundbuch. Da aber die Bindung eine Einigung voraussetzt, der Eigentümer diese aber nicht vornehmen kann,[3]) ist auch eine Begründung des Rechts nicht

[1]) Jhering S. 492.

[2]) RG. in EJG. Bd. 5 S. 75 ff.

[3]) Die Ansicht Cohns (D. J. Z. 1901 S. 23), daß die Einigung des § 873 auch derselbe Eigentümer zweier Grundstücke vornehmen könne und sie etwas wesentlich anderes sei, als der Vertrag, ist irrtümlich.

möglich, und der Grundbuchrichter müßte einen dahin gehenden Antrag des Eigentümers zurückweisen.

Auch Windscheids[1]) Meinung, welcher empfiehlt, daß die Dienstbarkeit im voraus eingetragen werde, aber erst zur Entstehung gelangen solle, wenn der Eigentümer das eine Grundstück veräußere und sich mit dem neuen Eigentümer über die Begründung der Dienstbarkeit einige, erscheint undurchführbar. Eine Eintragung auf Grund der Bewilligung des Eigentümers ist, wie schon ausgeführt, nicht möglich. Wenn man sie aber auch zulassen wollte, wäre sie doch zwecklos, wenn der neue Eigentümer nicht seine Zustimmung zur Entstehung der Grunddienstbarkeit gibt. Gibt er sie aber, so kann derselbe Erfolg dadurch erreicht werden, daß erst auf Grund der Einigung zwischen dem alten und dem neuen Eigentümer die Eintragung erfolgt. Denn solange beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören, ist die Eintragung bedeutungslos. Vielmehr soll ja gerade die einseitige Eintragungsbewirkung durch den Eigentümer die Wahrung des Rechts für den Fall der Veräußerung eines der beiden Grundstücke bezwecken, ohne daß es der Mitwirkung des neuen Eigentümers zur Begründung des Rechts bedürfte. Und dafür bietet das Gesetz, so sehr ein Bedürfnis dafür besteht,[2]) keine Handhabe.[3])

§ 25.

Das Selbstkontrahieren bei der Auflassung von Grundstücken und bei Bestellung und Löschung einer Hypothek.

Auch für die Auflassung eines Grundstücks, sowie die Bestellung und Löschung einer Hypothek müssen die über § 181 entwickelten Grundsätze Anwendung finden. Denn in den beiden ersten Fällen ist eine Einigung gemäß § 873 erforderlich, im letzten nach § 875 die Erklärung des Berechtigten, die entweder dem Grundbuchamte oder demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten sie erfolgt, abgegeben werden muß, also eine einseitige empfangs-

---

[1]) Windscheid I § 200 S. 1025.

[2]) Einige gute Beispiele sh. bei Huber S. 73.

[3]) Für Zulassung einer Eigentümerdienstbarkeit sind: Friedrichs im Recht 01 S. 512; Cohn D. J. Z. 01 S. 23; Dopatka S. 41, jedoch ohne stichhaltige Gründe.

bedürftige Willenserklärung, deren Abgabe ebenfalls unter § 181 fällt.[1])

Es kann daher der Erwerber eines Grundstücks dieses allein an sich auflassen, wenn er von dem Veräußerer dazu ermächtigt ist, ebenso der Veräußerer an den Erwerber, wenn dieser ihm Vollmacht erteilt. Endlich können der Erwerber und der Veräußerer sich durch eine dritte Person vertreten lassen, wenn diese von beiden bevollmächtigt ist.[2])

Wenn die Erfüllung einer Verbindlichkeit in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke besteht, kann der Vertreter, sei es ein gesetzlicher oder ein gewillkürter, die erforderlichen Auflassungserklärungen selbst abgeben.[3 4])

Eine Eintragung auf Grund einer solchen Einigung, die durch Selbstkontrahieren des Vertreters zustande gekommen ist, wird das Grundbuchamt regelmäßig aber nur dann vornehmen dürfen, wenn die Gestattung des Selbstkontrahierens in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nachgewiesen wird[5]) oder dem Grundbuchamte offenkundig ist.[6])

Für das Hypothekenrecht haben sich in der Praxis der Gerichte einige interessante Fälle ergeben, die die Anwendung des § 181 erläutern:

Ein Selbstkontrahieren liegt nicht vor, wenn der Vertreter für seine Schuld dem Gläubiger an dem Grundstücke des Vertretenen eine Hypothek bestellt. Mit Recht führt das Bayr. oberste Landesgericht[7]) aus, daß die Bestellung einer Hypothek nach § 873 ein Rechtsgeschäft sei zwischen dem Schuldner als

---

[1]) Sh. S. 16.

[2]) Sh. Entscheidung des Kammergerichts in KG. Bd. 21 A 292.

[3]) Ebenso: Neumann I S. 198; Dernburg I S. 496; Urban S. 66.

[4]) In diesem Falle braucht also aus der Vollmacht, die der Form des § 29 GBO. bedarf, nicht hervorzugehen, daß der Vertreter ermächtigt ist, die Auflassungserklärungen vor dem Grundbuchamt abzugeben, sondern es genügt, wenn aus ihr die Vertretungsbefugnis erhellt.

[5]) So auch Neumann Anm. IV zu § 181 S. 197; Planck III Anm. 3 zu § 925 S. 203. KG. Bd. 37 A 288.

[6]) Sh. hierzu sowie zu Anm. 4 S. 78.

[7]) Im Recht 1906 S. 855 und Seuff. Bl. Bd. 71 S. 559.

Vertreter des Grundstückseigentümers und dem Gläubiger. Der Grundstückseigentümer habe dabei nichts zu tun.[1]) Im eigenen Namen beteilige sich der Vertreter an dem Geschäfte nicht. Gegen Schädigung des Vertretenen durch arglistiges Verhalten des Vertreters gewähre § 138 Abs. 1 Schutz.[2])

Anders verhält es sich aber, wenn die Schuld im Verhältnis des Vertreters zu dem Vertretenen besteht, der Vertreter also für eine Schuld des Vertretenen sich an dessen Grundstücke eine Hypothek bestellt oder umgekehrt für seine Schuld an dem eigenen Grundstücke eine Hypothek für den Vertretenen;[3]) denn da hierzu nach § 873 die Einigung zwischen Vertreter und Vertretenem erforderlich ist, kann diese der Vertreter allein nur dann vornehmen, wenn eine der beiden Ausnahmen des § 181 vorliegt, entweder Gestattung oder Erfüllung einer Verbindlichkeit.[4])

Entsprechendes gilt für die Löschung einer Hypothek. Sie wird aber nur dann möglich sein, wenn der Vertreter nicht nur den Gläubiger und persönlichen Schuldner in sich vereinigt, sondern auch den Grundstückseigentümer, da nach § 27 Abs. 1 GBO. auch dessen Zustimmung zur Löschung erforderlich ist.

Das Kammergericht[5]) will die Löschung in solchen Fällen nicht zulassen, „da die Löschungsbewilligung des Gläubigers und gleichzeitigen Eigentümers sowie die Zustimmung derselben Personen in derselben Doppeleigenschaft nicht ausreiche, um die Löschung der Hypothek zu rechtfertigen". Der Vertreter

---

[1]) Sh. den analogen Fall für das Recht der Schuldverhältnisse: RG. Bd. 71 S. 289, dagegen Bd. 51 S. 422.

[2]) Ebenso: Reichsgericht I. Z. S. Urt. vom 9. 6. 1906 in Bayr. Rpfl. Zt. Bd. 2 S. 296.

[3]) Im zweiten Falle wird dies von geringer praktischer Bedeutung sein; denn da der Vertreter der Bewilligende ist und sein Recht durch die Eintragung betroffen wird, hat der Grundbuchrichter kein Interesse, das Kausalgeschäft zu prüfen. Anders im ersten Falle. Sh. das S. 17 Anm. 2 Gesagte.

[4]) Die Eintragung der Belastung eines Grundstücks einer Gesellschaft m. b. H. zugunsten des Geschäftsführers kann auf Grund der von dem Geschäftsführer selbst namens der Gesellschaft erklärten Eintragungsbewilligung nicht erfolgen. KG. Bd. 37 A 283.

[5]) In Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 32 und 278. Sh. S. 91.

könne zwar die durch Hypothek gesicherte Forderung an sich als Grundstückseigentümer zahlen und über die Zahlung quittieren; denn auch die Ausstellung eines Bekenntnisses über den Empfang der Zahlung sei lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine solche Quittung sei aber nur ein Zeugnis in eigener Sache und entbehre für den Grundbuchverkehr der Beweiskraft. Nach § 19 GBO. sei zur Löschung der Hypothek die Bewilligung des Gläubigers, nach § 27 die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, und es müßte nachgewiesen werden, daß der Vertreter zur Abgabe dieser Erklärungen berechtigt sei.

U. E. bildet die Löschungsbewilligung des Vertreters in seiner Eigenschaft als Gläubiger und als Grundstückseigentümer einen Teil des in Erfüllung der Verbindlichkeit vorgenommenen Rechtsgeschäftes. Wenn der Vertreter in der Lage ist, seine eigene Schuld im Wege des Selbstkontrahierens an den Vertretenen zu zahlen, so muß es ihm auch möglich sein, wenn für die Schuld eine Hypothek an seinem Grundstücke besteht, die Löschung dieser zu erwirken. Denn sobald die Forderung getilgt ist, hat der Grundstückseigentümer einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Erteilung der Löschungsbewilligung (§ 1144). Wenn der Eigentümer Vertreter des Gläubigers ist, kann er daher in dessen Namen diese Bewilligung erteilen, da es sich um die Erfüllung einer dem Gläubiger obliegenden Verbindlichkeit handelt, und im eigenen Namen die Zustimmung zur Löschung oder Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen.

Wenn dagegen die Hypothek für den Vertreter an dem Grundstücke des Vertretenen besteht, so kann der Vertreter im Wege des Selbstkontrahierens zwar die persönliche Schuld erfüllen, nicht aber die Löschung der Hypothek herbeiführen; denn er kann zwar in seiner Eigenschaft als Gläubiger die Löschungsbewilligung erteilen, nicht aber in seiner Eigenschaft als Eigentümer die Zustimmung zur Löschung. Denn dem Eigentümer steht das Recht auf die Eigentümerhypothek zu (§ 1163 Abs. 1 S. 2). Diesen Anspruch des Vertretenen kann der Vertreter nicht unberücksichtigt lassen, und an ihm findet die Erfüllung der Verbindlichkeit ihre Grenze. Der Vertreter kann daher nur die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümerhypothek veranlassen, während er zur Löschung

der Hypothek einer besonderen Ermächtigung des Vertretenen bedürfte.[1] [2])

Die Berechtigung zum Selbstkontrahieren muß nun dem Grundbuchamte nachgewiesen werden. Da aber ein Vertreter, wie oben gezeigt, in Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht nur die Hypothekenforderung zahlen, sondern auch die Löschung der Hypothek bezw. deren Umschreibung in eine Eigentümerhypothek bewirken kann, so braucht sich der Nachweis nur auf die Legitimation als Vertreter zu erstrecken. Er wird gewöhnlich in der Form des § 29 GBO. zu geschehen haben,[3]) wenn die Tatsache der Vertretungsbefugnis dem Gerichte nicht offenkundig ist.[4]) Doch ist dies nicht durchaus erforderlich. Man wird vielmehr die Grundsätze für richtig halten und anwenden müssen, die das Reichsgericht in einer Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat[5]): „Der Grundbuchrichter wird bei der Legitimationsprüfung nicht ausschließlich urkundliche Beweise zu fordern, sondern auch allgemeine feststehende Erfahrungssätze, die auch sonst, wenn der Grundbuchverkehr nicht lahm gelegt werden soll, zu berücksichtigen sind, heranzuziehen haben.[6])

Unter den angegebenen Voraussetzungen kann also der Vertreter in seiner Doppeleigenschaft als Grundstückseigentümer

---

[1]) Dieselben Folgerungen würden sich auch ergeben bei Anwendung des § 894 BGB.

[2]) Die gleichen Rechte müssen dem Vertreter zustehen, wenn die Tilgung der Forderung nicht durch ihn im Wege des Selbstkontrahierens, sondern auf gewöhnlichem Wege erfolgt ist. Sh. einen ähnlichen Fall, der den § 1795 Abs. 1 Nr. 1 betrifft in Bayr. OLG. Bd. 9 S. 413.

[3]) Kammergericht in RG. Bd. 37 A 283.

[4]) Offenkundig ist eine Tatsache dem Grundbuchrichter auch dann, wenn sie ihm aktenkundig ist. Eine Verweisung auf andere Akten ist möglich. Sh. Güthe I Anm. 103 zu § 29 S. 610.

[5]) RG. Bd. 65 S. 223.

[6]) Im Falle der Bestellung einer Hypothek wird Entsprechendes gelten mit der Maßgabe, daß auch die Gestattung des Selbstkontrahierens oder die Tatsache der Verpflichtung zur Bestellung (denn im letzteren Falle besteht die Bestellung in der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit) nachgewiesen oder dem Gerichte offenkundig sein muß.

und Gläubiger die die Löschung einer Hypothek bezw. ihre Umschreibung in eine Eigentümerhypothek herbeiführenden Willenserklärungen abgeben.

Zweifelhaft kann es aber sein, ob die vom Vertreter als Gläubiger ausgestellte Quittung über den Empfang der Forderung zur Herbeiführung der betreffenden Eintragungen genügt. Wie das Kammergericht richtig hervorhebt, ergibt sich allerdings aus der dem Vertreter nach § 181 zustehenden Berechtigung, eine durch Hypothek gesicherte Forderung im Wege des Selbstkontrahierens zu tilgen, für ihn die Befugnis, sich selbst eine Quittung über den Empfang der Forderung auszustellen; denn die Ausstellung einer solchen Bescheinigung ist ebenfalls lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Die Frage, ob man einem derartigen Empfangsbekenntnisse Beweiskraft beimessen kann, hängt u. E. mit der Erkennbarmachung des Selbstkontrahierens zusammen. Der Vertreter, der eine durch Hypothek gesicherte Forderung durch Selbstkontrahieren getilgt hat, muß dies erkennbar gemacht haben. Will er auf Grund dieses Rechtsgeschäftes weitere Rechtshandlungen vornehmen, also z. B. die Löschung der Hypothek herbeiführen, so muß er die Tilgung der Forderung dem Grundbuchamte offen legen und nachweisen. Der Nachweis kann nicht durch eine nachträglich vom Vertreter ausgestellte Quittung über die erfolgte Zahlung erbracht werden, da diese nicht geeignet ist, den Akt der Erkennbarmachung zu ersetzen, vielmehr für sich allein mit dem Kammergericht als Zeugnis in eigener Sache aufzufassen ist, das für den Grundbuchverkehr der Beweiskraft entbehrt.[1])

Diese Ansicht führt aber nicht dazu, die vom Vertreter beantragte Eintragung in das Grundbuch zurückzuweisen; vielmehr wird der Grundbuchrichter durch Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 GBO. den Nachweis, daß die Forderung getilgt ist, zu fordern haben. Wird er ihm erbracht, so wird auf Grund der bewiesenen Tilgung in Verbindung mit der

---

[1]) Die gleichen Grundsätze sind entsprechend für den S. 78 Anm. 2 erwähnten Fall anzuwenden.

Quittung — die jetzt nicht mehr als ein Zeugnis in eigener Sache erscheint — der Eintragung stattzugeben sein.

In dem vom Kammergericht behandelten Falle könnte daher auf Grund der Bewilligung und des Antrages des Testamentsvollstreckers zwar nicht die Löschung, wohl aber die Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümerhypothek geschehen, wenn der Testamentsvollstrecker neben der Quittung noch beweist, daß die Forderung getilgt ist, z. B. sie sich jetzt in dem Nachlasse des Erblassers, dem das Grundstück gehört, befindet.

§ 26.

3. Im Familienrecht: Der Vormund und der Inhaber der elterlichen Gewalt.

Wie schon im allgemeinen Teil ausgeführt worden ist,[1]) findet die Vorschrift des § 181 auf die gesetzlichen Vertreter, besonders den Vater bezw. die Mutter, den Vormund und den Pfleger Anwendung. Doch muß hierbei berücksichtigt werden, daß § 1795 Abs. 1 die Ausnahmevorschrift des § 181 — der nach § 1795 Abs. 2 unberührt bleibt — noch weiter einschränkt.[2]) Der Vormund könnte z. B. nach § 1795 Abs. 2 eine durch Hypothek gesicherte Forderung, die er gegen den Mündel hat, im Wege des Selbstkontrahierens an sich zahlen, da es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt; er ist aber daran gehindert durch § 1795 Abs. 1.[3])

In der Literatur und Praxis der Gerichte herrscht Einigkeit hinsichtlich der Frage des Selbstkontrahierens, soweit es sich um die Vornahme eines Geschäftes zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Vertretenen handelt.

Der Vater kann z. B. mit seinem minderjährigen Kinde einen Kaufvertrag nicht abschließen, vielmehr muß in diesem Falle dem Kinde gemäß § 1909 ein Pfleger bestellt werden.

---

[1]) Sh. S. 18.

[2]) Hölder: Vormundsch. Anm. 2b γ S. 104.

[3]) Ein Beispiel bietet RG. Bd. 68 S. 37. Sh. auch Schneider bei Fischer-Henle Anm. 4a zu § 1795; Dernburg IV § 104 Anm. 10.

Wenn mehrere Minderjährige denselben gesetzlichen Vertreter haben, z. B. ein Vater vier minderjährige Kinder hat und mit diesen einen Kaufvertrag abschließen will, so genügt nach der herrschenden Meinung[1]) die Bestellung eines Pflegers für alle vier Kinder, wenn diese dem Vater als Gesamtheit gegenüberstehen, der Vertrag also geschlossen wird zwischen dem Vater einerseits und den Kindern andererseits.

Dies ist richtig. Denn zwischen den einzelnen Kindern wird das Rechtsgeschäft nicht vorgenommen; jedes Kind hat vielmehr das gleiche Interesse an dem Abschlusse des Kaufes. Die Möglichkeit der Verletzung der Interessen eines der Minderjährigen liegt nicht vor; es trifft somit auch nicht die Erwägung zu, die für die Schaffung des § 181 maßgebend gewesen ist. Daher kann das gemeinsame Interesse durch eine Person gewahrt werden und es genügt die Bestellung eines gemeinsamen Pflegers für sämtliche Minderjährige. Ebenso verhält es sich, wenn bei der Auseinandersetzung des Gesamtgutes der beendeten allgemeinen Gütergemeinschaft oder des Nachlasses zwischen der Witwe und den Kindern des Erblassers die Witwe das gesamte Vermögen als Alleineigentümerin übernimmt und jedem der minderjährigen Kinder ein gleich großes Vaterteil überträgt. Auch hier genügt die Bestellung eines Pflegers für alle Minderjährigen.[2])

Wenn dagegen ein Rechtsgeschäft zwischen den Minderjährigen selbst vorgenommen werden soll, muß für jedes der Kinder ein Pfleger bestellt werden.

Der häufigste Fall, der in der Praxis täglich vorkommt, ist folgender:

Ein Witwer will sich mit seinen sechs Kindern, von denen fünf minderjährig sind, über die Gütergemeinschaft zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau oder über den Nachlaß derart auseindersetzen, daß die Teilung auch unter den fünf Minderjährigen

---

[1]) Sh. Anm. 3 S. 85.

[2]) Bayr. OLG. Entsch. vom 3 6. 08 in Seuff. Bl. Bd. 73 S. 802: bei Warneyer: 1910 Nr. 3 zu § 181. Ebenso Bayr. OLG. vom 27. 7. 08 in D. J. Z. Bd. 14 S. 1153.

erfolgt. Dann ist für jedes der Kinder die Bestellung eines Pflegers erforderlich.[1] [2])

Es ist klar, daß ein derartiges Verfahren nicht nur große Schwierigkeiten und Arbeit bereitet, da die Auswahl der zu Pflegern geeigneten Personen in einer Gemeinde oft eine beschränkte ist, sondern auch erhebliche Kosten verursacht, die der Minderjährige tragen muß. Daher hat sich in der Praxis der Gerichte wiederholt das Bestreben geltend gemacht, diese strenge Vorschrift zu umgehen und durch weitgehendste Auslegung des Gesetzes eine Stütze für die Ansicht zu gewinnen, daß die Bestellung eines Pflegers in solchen Fällen genüge.

Das Kammergericht und Reichsgericht haben diese Auffassung aber mehrfach zurückgewiesen.

Das Kammergericht führt aus: [3])

Nach bisherigem Rechte wäre die Bestellung eines Teilungspflegers für mehrere Geschwister so lange als ausreichend angesehen worden, als nicht entgegengesetzte, nicht bloß gesonderte Interessen sich ergäben.[4]) Dies gelte aber nicht für das heutige Recht, für welches lediglich die Vorschrift des § 181 in Betracht komme. Nur in den dort genannten Ausnahmefällen sei daher dem Pfleger ein Kontrahieren mit sich selbst gestattet. Eine Ausnahme könne nicht gefunden werden in § 1775 (welcher vorschreibt, daß, wenn mehrere Geschwister zu bevor

---

[1]) Wenn dagegen mehrere Minderjährige bei einer Auseinandersetzung eine Vertragspartei bilden, so daß unter ihnen eine Teilung nicht stattfindet, können sie auch durch ihren elterlichen Gewalthaber vertreten werden, wenn dieser zu derselben Vertragspartei gehört (OLG. Köln: 9. 3. 09 bei Warneyer 1910, Nr. 4 zu § 181). Dies ist richtig. In diesem Falle liegt gar kein Selbstkontrahieren vor; denn der Vertreter schließt den Vertrag mit einem Dritten ab. Vertragsparteien sind der Dritte einerseits und der Vertreter andererseits. Freilich handelt der Vertreter sowohl für sich in eigener Person als auch für die Minderjährigen; er nimmt aber kein Rechtsgeschäft mit diesen vor.

[2]) Der Fall ist mit einer Abweichung KG. Bd. 22 A 34 entnommen.

[3]) Jn KG. Bd. 22 A 34.

[4]) Dies gilt auch für das Allgem. Landrecht. Sh. KG. a. a. O. ferner KG. in Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 39; RG. Bd. 71 S. 165.

munden sind, für alle nur ein Vormund bestellt werden kann, wenn nicht besondere Gründe für die Bestellung mehrerer Vormünder vorliegen) diese Bestimmung aber gemäß § 1915 auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung finde. Mit Recht hebt das Kammergericht hervor, daß § 1775 nur eine instruktionelle Vorschrift enthalte und nicht die Vertretungsmacht des Vormundes regele. Es kann daher auch aus § 1775 nicht geschlossen werden, daß das Vormundschaftsgericht ermächtigt ist, dem gesetzlichen Vertreter ausnahmsweise die Befugnis zu erteilen, im Namen des einen Mündels und zugleich im Namen des andern zwischen diesen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen und so den § 181 zu umgehen.[1])

Diese Gründe sind vom Reichsgerichte wiederholt gebilligt worden.[2]) Vor allem hat sich in jüngster Zeit der vereinigte IV. und V. Zivilsenat in dem Beschlusse vom 13. Mai 1909[3]) mit diesen öfter berührten Streitfragen eingehend befaßt und sie von verschiedenen Gesichtspunkten aus gewürdigt.

Das Reichsgericht stellt folgende beiden Punkte zur Erörterung:

1. Kann das Vormundschaftsgericht einen für mehrere Mündel bestellten Vormund oder Pfleger ermächtigen, unter Abweichung von der Regel des § 181 im Namen des einen Mündels mit sich selbst als Vertreter des andern ein Rechtsgeschäft vorzunehmen?

2. Kann es, sofern ein solches Rechtsgeschäft ohne die Ermächtigung von dem Vormunde oder Pfleger vorgenommen worden ist, ihm durch nachträgliche Zustimmung Wirksamkeit verleihen?

Die vereinigten Senate kommen zu dem Ergebnis, daß das Gesetz neben den in § 181 festgesetzten Ausnahmen von dem Verbote des Selbstkontrahierens für das Gebiet des Vormundschaftsrechts eine weitere Ausnahmebestimmung nicht geschaffen habe. Eine Gestattung durch das Vormundschaftsgericht sei nicht einer Gestattung durch Gesetz gleich zu achten. Die Ver-

---

[1]) Sh. ferner KG. Bd. 22 A 101. Andere Fälle sh. KG. Bd. 22 A 280, Bd. 23 A 89, KG. in Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 38 und Bd. 3 S. 20, 107.

[2]) RG. Bd. 67 S. 61 ff., Bd. 68 S. 37.

[3]) RG. Bd. 71 S. 163 ff.

tretungsmacht des Vormundes ergebe sich vielmehr unmittelbar aus dem Gesetze und werde nicht vom Vormundschaftsgericht verliehen. Dieses könne zwar nach § 1796 die Vertretungsmacht beschränken, nicht aber erweitern. Eine Erweiterung wäre nur möglich im Wege des Rechtsgeschäfts d. i. der Vollmacht und dann nur insoweit, als das Vormundschaftsgericht zur eigenen rechtsgeschäftlichen Vertretung des Mündels befugt sei. Dies sei z. B. der Fall bei § 1844, auch §§ 1666 und 1838 ff. Diese Bestimmungen seien aber Ausnahmen von dem allgemein gültigen Grundsatze, daß für das Vormundschaftsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Grundsatz der Gewaltentrennung gelte.[1]) § 1773 schreibe zwingend vor, daß der Mündel einen Vormund erhalte, und seine Befugnisse seien im § 1793 genau gekennzeichnet. Daher stehe die Vertretungsbefugnis, soweit das Gesetz nichts anderes bestimme, ausschließlich dem Vormunde und nicht dem Vormundschaftsgerichte zu.[2]) Der Gesetzgeber habe durch § 1909 und § 1846 eine derartige Ausnahme geschaffen. Im Falle des § 1909 — wenn der Vormund an der Besorgung gewisser Angelegenheiten verhindert ist — sei die Bestellung eines Pflegers notwendig, im Falle des § 1846 — wenn der Vormund noch nicht bestellt oder an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist — sei eine besondere Fürsorge für den Mündel durch das Vormundschaftsgericht vorgesehen. Im Rahmen dieser durch § 1846 geregelten Vertretungsbefugnis könne das Vormundschaftsgericht die verschiedenartigsten Maßregeln zum Schutze des Mündels ergreifen. Diese Befugnis sei aber nur auf dringliche Fälle beschränkt, wobei das Vormundschaftsgericht zwar nach freiem Ermessen, aber pflichtgemäß darüber zu befinden habe, ob ein solcher Fall vorliege. Erbauseinandersetzungen seien aber weder dringlich noch auch einstweilige Maßregeln im Sinne des § 1846. Für die Vornahme dieser Geschäfte stehe daher die Vertretungsbefugnis ausschließlich dem Vormunde zu. Fehle ein Vormund oder sei der vorhandene Vormund an der Vertretung verhindert, so müsse nach § 1909 ein Pfleger bestellt werden; denn das Vor-

[1]) Denkschrift bei Mugdan Bd. 4 S. 1183.

[2]) RG. a. a. O. S. 167.

mundschaftsgericht könne in diesem Falle die Angelegenheit nicht selbst betreiben und dem Vormunde die Vornahme derartiger Geschäfte gestatten.[1]) Es würde auch sonst eine Unstimmigkeit zwischen § 1795 Abs. 2 und § 1795 Abs. 1 bestehen. Denn es könnte dann nach § 1795 Abs. 2 (durch den § 181 aufrecht erhalten ist) die Vornahme von Geschäften durch das Vormundschaftsgericht gestattet werden, nach § 1795 Abs. 1 wäre dies aber nicht möglich. Der Gesetzgeber habe aber zweifellos die Fälle des § 1795 Abs. 1 und 1795 Abs. 2 gleich behandeln wollen.

Auch rechtsgeschäftliche Handlungen, die das Vormundschaftsgericht innerhalb seiner Zuständigkeit selbst vornehme, müßten ebenso beurteilt werden wie rechtsgeschäftliche Handlungen des Vormundes oder Pflegers. Auch für sie gelte § 181. Ebensowenig wie das Vormundschaftsgericht dieser Vorschrift zuwider ein Rechtsgeschäft abschließen könne, ebensowenig könne es die Vornahme einem andern rechtsgeschäftlich (durch Vollmacht) gestatten.

Mit der Verneinung der Frage zu 1 sei auch die zu 2 erledigt.[2])

Diese außerordentlich gründliche, alle Möglichkeiten berücksichtigende Entscheidung erscheint zutreffend. Im Ergebnis stimmt sie überein mit der in der Literatur zur Geltung gelangten Meinung,[3]) die aber nicht immer in der Praxis der Gerichte Beachtung gefunden hat.[4])

---

[1]) RG. a. a. O. S. 168, 169. Sh. auch RG. Bd. 66 S. 134.

[2]) RG. a. a. O. S. 165.

[3]) Hölder, Vormundsch. Anm. 2 zu § 1795 S. 105; Dernburg IV § 104 Anm. 8 S. 372; Staudinger IV Anm. 3 zu § 1795; Schneider bei Fischer-Henle Anm. 6 zu § 1795; Planck IV Anm. 4 zu § 1909 S. 805; Hupka S. 340 Anm. 1; Oertmann I Anm. 3b zu § 181; A. M. Siebdrat S. 507; daß die Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts genüge, nehmen an: Rehbein I S. 255; Cosack I § 68 I 1b S. 292.

[4]) In jüngster Zeit haben sich Bestrebungen geltend gemacht, die auf Abänderung des bestehenden Rechts abzielen. Es ist der Vorschlag gemacht worden, dem § 1775 einen Abs. 2 anzufügen. Danach soll ein Vormund, der gemäß § 1775 Abs. 1 für mehrere Minderjährige bestellt ist, berechtigt sein, auch solche Rechtsgeschäfte zwischen den Minderjährigen vorzunehmen, die nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen.

In der erwähnten Entscheidung sind zwei Streitfragen nicht berührt, die ebenfalls aufgeworfen worden sind: Ist nach § 1795 Abs. 2 im Falle einer Erbauseinandersetzung zwischen minderjährigen Erben

1. auch bei mangelndem Interessengegensatz zwischen diesen die Bestellung eines Pflegers für jedes der Kinder notwendig?
2. die Erbauseinandersetzung nicht als ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit anzusehen und daher die Bestellung eines Pflegers für sämtliche Minderjährige genügend?

Die erste Ansicht vertritt das Oberlandsgericht Colmar in einem Beschlusse vom 12. September 1902.[1]) Es nimmt an, daß die Bestellung eines Pflegers für mehrere Minderjährige bei einer Auseinandersetzung genüge, wenn zwar gesonderte Interessen beständen, diese aber nicht als widerstreitend anzusehen seien. Das Reichsgericht hat diese Auffassung verworfen[2]) mit der Begründung, daß Zweckmäßigkeitsgründe für die Anwendung des § 181 nicht maßgebend sein könnten.

Es ist schon darauf hingewiesen worden,[3]) daß die Gefahr des Eintritts eines Interessenwiderstreits nicht der Maßstab für die Anwendbarkeit des § 181 ist, sondern diese Erwägung lediglich das gesetzgeberische Motiv für die Schaffung dieser Vorschrift bildete. Vielmehr hat der Gesetzgeber schon wegen der Möglichkeit einer Interessenverletzung des einen oder andern Teils das Selbstkontrahieren verbieten und nur zwei Ausnahmen von dem Verbote zulassen wollen. Es kommt also nicht darauf an, daß die Interessen sich widerstreiten, sondern daß überhaupt die Möglichkeit eines Widerstreites eintreten kann. Dies ist aber schon dann der Fall, wenn zwei gesonderte Interessengebiete sich einander gegenüberstehen und zwischen diesen Rechtswirkungen erzeugt werden sollen.

Die zu 2 genannte Meinung hat Hangen begründet,[4]) der folgende Grundsätze entwickelt: „Der Anspruch auf Auseinandersetzung wie der auf Aufhebung einer Gemeinschaft ent-

---

[1]) Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 39.

[2]) Beschl. V. Z. S. vom 9. 11. 1907, RG. Bd. 67 S. 61 ff.

[3]) Sh. S. 20, 21.

[4]) D. J. Z. 1902 S. 267.

springt dem Anteilsrechte, ist absoluter Natur und gegen jedermann wirksam. Der aus dem Anteilsrechte sich ergebende Anspruch schließt das Recht in sich, von den Teilhabern der Gemeinschaft ein Tun oder Unterlassen zu fordern (§ 194 BGB.). Der Anspruch ist gerichtet auf Herstellung eines dem Inhalte des Anteilsrechtes entsprechenden Zustandes, also eines ihm gleichkommenden Alleineigentums an den gemeinschaftlichen Gegenständen der Natur oder dem Werte nach.

Dem Anspruche entspringt die Verpflichtung der Teilhaber, bei den zur Auseinandersetzung und zur Aufhebung der Gemeinschaft erforderlichen Maßregeln mitzuwirken gemäß §§ 731 bis 735, 752 bis 754, 1471 bis 1477, 1546, 1549, 2042, 2046, 2047 BGB. Es besteht daher zweifellos eine wechselseitige Verbindlichkeit der Teilhaber gegeneinander, die durch die Vornahme der Teilung erfüllt wird. Die Teilung besteht auch, wie § 181 verlangt, ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, vorausgesetzt, daß sie nach den gesetzlichen Vorschriften vorgenommen wird. Wenn aber unter den Beteiligten eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften vereinbart wird, dann liegt der Fall einer ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht mehr vor, da keine Partei zu einer vom Gesetze abweichenden Teilung verpflichtet ist."

Die von Hangen angeführten Gründe erscheinen uns durchaus zutreffend und werden z. B. gebilligt von Planck[1]) und Kohler.[2])

Jedoch wird sich diese Theorie in der Praxis nicht verwerten lassen, und zwar vor allem aus dem Grunde, weil — wie Hangen richtig ausführt — eine „ausschließliche" Erfüllung einer Verbindlichkeit nur dann vorliegt, wenn die Teilung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften vorgenommen wird. Hierin liegt aber die große Schwierigkeit. Zunächst kann der Richter nicht vorhersehen — vor allem nicht bei gesetzlicher Erbfolge —, ob die Auseinandersetzung entsprechend dem Gesetze vorgenommen werden wird oder überhaupt vorgenommen werden kann. Bestellt

[1]) Planck II Anm. 1 zu § 752.

[2]) Kohler I S. 499; ebenso Urban S. 84.

er also in dieser Erwartung für sämtliche Minderjährige nur einen Pfleger und stellt sich später heraus, daß die gesetzlichen Vorschriften nicht innegehalten werden können, so hat er doppelte Arbeit; er muß nun für jeden der Minderjährigen einen Pfleger bestellen. Dies Verfahren würde zu großen Unzuträglichkeiten führen und besonders bei starkem Geschäftsverkehr zu hohe Ansprüche an die Achtsamkeit und Arbeitskraft des Richters stellen.

In der Regel wird sich aber eine Teilung entsprechend den Bestimmungen des Gesetzes gar nicht vornehmen lassen. Denn der häufigste Fall der Auseinandersetzung — besonders auf dem Lande — besteht darin, daß ein Haus oder Bauerngut den Vermögensgegenstand bildet, über den die Auseinandersetzung erfolgt. Sind nun z. B. vier minderjährige und ein volljähriges Kind vorhanden und findet zwischen diesen die Teilung statt, so wird gewöhnlich das volljährige Kind das Grundstück übernehmen und die vier minderjährigen werden abgefunden werden. Dann besteht die Teilung aber nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Auch dann nicht, wenn — wie das Reichsgericht hervorhebt[1]) — bei einer Auseinandersetzung über ein Anwesen vereinbart wird, daß dieses den Erben nach der Größe ihrer Erbteile als Miteigentum zu Bruchteilen zustehen soll. Denn in beiden Fällen stimmt die Auseinandersetzung nicht überein mit der Vorschrift des § 753: Da die Teilung der Natur nach nicht möglich ist, können die Erben lediglich die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung beanspruchen.[1]) Wird daher die Auseinandersetzung in anderer Weise vorgenommen, so besteht sie nicht mehr ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit und die Hangen'sche Lehre ist nicht mehr anwendbar.[2])

Zu einem günstigeren Ergebnisse glauben wir zu kommen, wenn bei einer testamentarischen Erbfolge der Erblasser nicht nur die Erbteile bezeichnet, sondern die einzelnen Vermögens-

---

[1]) RG. Bd. 67 S. 64 (D. J. Z. 1908 S. 193.)

[2]) Bei der Auseinandersetzung zwischen einem überlebenden Ehegatten und dessen minderjährigen Kindern wird es häufig geschehen, daß die Teilung unter den Kindern nicht erfolgt, diese vielmehr dem Gewalthaber als Gesamtheit gegenüberstehen. (Sh. hierüber oben S. 81.)

gegenstände angibt, die den Erben zufallen sollen, also gleichsam den Auseinandersetzungsplan selbst anfertigt. Dann hat — vorausgesetzt, daß das Testament nicht anfechtbar ist — jeder der Erben einen Anspruch gegen die Miterben, daß der Wille des Erblassers beachtet werde und die Auseinandersetzung in der von ihm angegebenen Weise stattfinde. Die Vornahme der Auseinandersetzung bildet daher die ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit, und die Bestellung eines Pflegers für mehrere Minderjährige würde demnach genügen.

§ 27.

3. Im Erbrecht: Der Testamentsvollstrecker.

Im Erbrecht hat die Frage des Selbstkontrahierens besondere Bedeutung erlangt hinsichtlich der Person des Testamentsvollstreckers, da es streitig ist, ob die Vorschrift des § 181 auf ihn Anwendung findet. Ohne weiteres würde dies der Fall sein, wenn der Testamentsvollstrecker als Vertreter der Erben aufzufassen ist. Daher muß sich unsere Untersuchung zunächst darauf erstrecken, welche Beurteilung der Stellung des Testamentsvollstreckers zukommt.

Die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers war von jeher sehr bestritten, und eine Klärung in dem Streite der Meinungen ist erst in jüngster Zeit eingetreten.

Der früher sehr verbreiteten Mandatstheorie, nach der der Testamentsvollstrecker als Beauftragter (und zwar entweder der Erben oder des Erblassers) aufgefaßt wurde, wich die von Beseler begründete Repräsentationstheorie, die den Vollstrecker als formellen Repräsentanten des Erblassers ansieht.[1]) Beide Auffassungen müssen heute als aufgegeben gelten und haben andern Platz gemacht.

Einige sehen in dem Testamentsvollstrecker einen Vertreter der Erben auf Grund einer vom Erblasser erteilten Vollmacht,[2]) andere nehmen an, daß seine Stellung auf einem fiduciarischen Rechtsverhältnisse beruhe, das zwischen ihm und dem Erblasser bestehe.[3])

[1]) Planck V Vorbemerk. 2 zu § 2197 S. 553.

[2]) Neumann II Vorbemerk. vor § 2197 S. 573.

[3]) Jäger S. 40 Anm. 14; Cosack II S. 754; Urban S. 41; Endemann III § 52.

Die meisten Anhänger hat aber die sogen. Eigenrechtstheorie[1]) gefunden, die, obwohl schon lange bekannt,[2]) sich doch erst in neuerer Zeit Anerkennung errungen hat.

Diese Lehre verwirft gänzlich ein Vertretungsverhältnis, geht vielmehr davon aus, daß der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse nicht in fremdem Namen und im Interesse einer bestimmten Person ausübe, sondern in eigenem Namen und zu eigenem Rechte, aber in allgemein fremdem Interesse, und zwar auf Grund des letzten Willens des Erblassers und zum Zwecke der Vollziehung dieses Willens. Die Stellung des Testamentsvollstreckers sei daher ein Amt, aber nicht ein Amt im öffentlich-rechtlichen Sinne, sondern eine Gesamtheit privatrechtlicher Rechte und Pflichten.[3] [4])

Auch das Reichsgericht, welches früher die Repräsentationstheorie vertreten hatte,[5]) hat sich der herrschenden Meinung angeschlossen.[6]) Das Kammergericht steht auf demselben Standpunkt.[7])

Das Kammergericht vertritt noch in der Entscheidung vom 16. 12. 1901[8]) die Ansicht, daß § 181 auf den Testamentsvollstrecker in analoger Weise angewendet werden müsse und

---

[1]) Diesen Ausdruck verwendet Wolf S. 10.

[2]) Fischer, S. 676, 677.

[3]) Planck V Vorbem. 2 zu § 2197 S. 554; ebenso Strohal S. 295; Frommhold S. 191; Henle bei Fischer-Henle Vorbem. vor 2197; Staudinger Bem. F zu §§ 2197—2201; ähnlich Dernburg I § 170 II Anm. 4 S. 557, der den Testamentsvollstrecker einen Treuhänder zur Wahrung einer sozialen Aufgabe nennt.

[4]) Bei der Beratung des I. Entwurfs wurde die Stellung des Testamentsvollstreckers als eine amtliche aufgefaßt, aber daran festgehalten, daß er die Erben vertrete (sh. Motive Bd. 5 S. 219, 221). Die II. Kommission lehnte die Auffassung, daß der Testamentsvollstrecker die Erben vertrete, ab (sh. Prot. Bd. 5 S. 270, 290, 296, 299).

[5]) RG. Bd. 9 S. 210, Bd. 28 S. 296.

[6]) RG. Bd. 32 S. 152, Bd. 56 S. 327 (J. W. 1904 S. 148), Bd. 59 S. 365.

[7]) EFG. Bd. 3 S. 103 (Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 435), KG. Bd. 24 S. 106, Bd. 25 S. 73, Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 277, Bd. 9 S. 405, Bd. 10 S. 305, Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 437.

[8]) Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 31 = EFG. Bd. 3 S. 44 = KG. Bd. 23 A 247.

er einem Vertreter der Erben gleichzustellen sei, wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch von dem Amte eines Testamentsvollstreckers spreche. (§ 2202 BGB.) Es stände daher nichts im Wege, daß der Vollstrecker, auf dessen Grundstücke für den Erblasser eine Hypothek eingetragen sei, diese als Vollstrecker an sich zahle und über die Zahlung quittiere, wenn er auch nicht die Löschung der Hypothek herbeiführen könne.[1])

In den folgenden Entscheidungen ist zwar das Kammergericht von dieser Auffassung abgewichen, kommt aber zu demselben Ergebnis. Der Testamentsvollstrecker sei nicht als Vertreter der Erben zu betrachten, sondern bekleide ein Amt, das er ausschließlich in fremdem Interesse wahrnehme. Wenn es daher auch mit seiner Stellung unvereinbar sei, daß er in eigenem Interesse tätig werde, so schließe dies nicht aus, daß er für eine Interessengemeinschaft handle, zu der er selbst gehöre. Im Widerspruche mit seinem Amte stehe nur ein Handeln im Sonderinteresse.[2]) Wenn daher von zwei Erblassern dieselbe Person zum Testamentsvollstrecker ernannt worden sei, könne sie eine Hypothek, die auf dem Grundstücke des einen Erblassers zugunsten des anderen eingetragen sei, zahlen und darüber quittieren, nicht aber die Hypothek löschen lassen.[3]) Ferner könne ein Testamentsvollstrecker in Ausführung einer von den Erben vorgenommenen Erbteilung, auch wenn er selbst Miterbe sei, die Umschreibung einer zum Nachlasse gehörigen Hypothek auf den Namen eines andern Miterben beantragen.[4]) Dagegen sei der Testamentsvollstrecker, der zugleich Miterbe sei, nicht befugt, die Bruchteile an einem Nachlaßgrundstücke an sich und zugleich an zwei Miterben aufzulassen; denn er handle dann in seinem eigenen Interesse, und dies sei nur möglich, wenn er ausdrücklich vom Erblasser dazu ermächtigt sei.[5]) Ein zum Testamentsvollstrecker ernannter Miterbe könne

---

[1]) Sch. S. 76, 77.

[2]) EJG. Bd. 4 S. 186.

[3]) Beschluß vom 19. 10. 1903 in Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 278 = EJG. Bd. 4 S. 63 = KG. Bd. 27 A 148.

[4]) Beschluß vom 28. 3. 1904, sch. Anm. 2.

[5]) Beschluß vom 10. 3. 1902 in EJG. Bd. 3 S. 101 ff.

zum Zwecke der Auseinandersetzung ein Nachlaßgrundstück den andern Miterben zuweisen, ohne daß er sie zu hören brauche, er könne aber nicht für den Miterben, dem er das Nachlaßgrundstück zugewiesen habe, die Auflassung entgegennehmen.[1 2])

Das Reichsgericht hat zu der hier in Rede stehenden Frage Stellung genommen in einem Beschlusse vom 28. 6. 1905[3]): Der Erblasser hatte von sechs Miterben zum Testamentsvollstrecker ernannt einen Miterben und den Ehemann einer Miterbin. Die beiden Testamentsvollstrecker und eine Vermächtnisnehmerin hatten mit ihrer Vertretung bei der Auflassung eines zum Nachlasse gehörigen Grundstücks den Rechtsanwalt W. beauftragt, der gleichzeitig Vormund der einen geisteskranken Miterbin war. Der § 181 — führt das Reichsgericht aus — finde auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Er sei nicht Vertreter der Erben, sondern übe seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus. Wenn er die Auseinandersetzung bewirke, schließe er überhaupt keine Rechtsgeschäfte ab, sondern er vollstrecke den Willen des Erblassers und sei von dem Willen der Erben unabhängig, wenn er auch deren Mitwirkung zur Auflassung bedürfe. Aber auch da handle er kraft eigenen Rechts und da er mit den Erben verhandle, könne er nicht ihr Vertreter sein. Es fehle daher an den Voraussetzungen des § 181.

Das Reichsgericht leitet vielmehr die dem Testamentsvollstrecker auch für den Fall, daß er Miterbe ist, zustehenden Befugnisse lediglich aus den einschlägigen Gesetzesbestimmungen über den Testamentsvollstrecker ab und kommt auf zwei Wegen zum Ziele:

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Übertragung des Testamentsvollstreckeramts an einen Miterben nicht verboten. Wenn der Erblasser also einen solchen zum Vollstrecker ernennt, stehen ihm alle Befugnisse der §§ 2203—2205 zu, soweit sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen

[1]) RG. Bd. 31 A 299.

[2]) Das OLG. Colmar (Beschl. vom 26. 3. 1902) nimmt dagegen an, daß der Testamentsvollstrecker als Miterbe sich selbst Nachlaßgrundstücke auflassen könne. Rspr. d. OLG. Bd. 4 S. 437.

[3]) RG. Bd. 61 S. 139 (EFG. Bd. 6 S. 135). In der im Bd. 58 S. 300 enthaltenen Entscheidung ist die Frage unentschieden gelassen.

(§ 2208 Abs. 1 S. 1). Ist ein solcher abweichender Wille des Erblassers aus dem Testament nicht ersichtlich, so ist der Testamentsvollstrecker in der Ausübung seiner Befugnisse, die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken, unbeschränkt. Wenn aber hierzu die Auflassung eines Grundstücks an sich selbst erforderlich ist, so ist er berechtigt, diese vorzunehmen. Der Fall einer Interessenkollision liegt nicht vor. Liegt ein solcher Fall vor, dann kann der Testamentsvollstrecker überhaupt nicht verfügen, gleichviel ob er Miterbe ist oder nicht.[1])

2. Nach § 2224 führen mehrere Vollstrecker das Amt gemeinschaftlich. Fällt einer weg, so führen die übrigen das Amt allein. Dem gänzlichen Wegfall eines Vollstreckers ist gleichzustellen seine Verhinderung durch rechtliche, in seiner Person liegende Gründe.[2]) Nimmt man daher an, daß der Testamentsvollstrecker insoweit an Verfügungen bei einer Auseinandersetzung verhindert ist, als diese zu seinen Gunsten wirken würden, er also nicht einen Anteil an dem Nachlaßgrundstück auf sich selbst übertragen könne,[3]) so ist es doch nach § 2224 zulässig, daß der eine Testamentsvollstrecker dem andern den ihm zufallenden Teil überträgt und umgekehrt.

Das Kammergericht und das Reichsgericht stimmen also in den wesentlichen Punkten insofern überein, als sie den § 181 auf den Testamentsvollstrecker nicht für anwendbar erklären, vielmehr lediglich den Willen des Erblassers darüber entscheiden lassen wollen, ob ein zum Testamentsvollstrecker ernannter Miterbe auch in eigenem Interesse tätig sein könne. Jedoch geht das Reichsgericht noch über das Kammergericht hinaus, indem es nicht, wie letzteres, eine ausdrückliche Kundgebung des Willens des Erblassers verlangt, sondern schon aus der Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker auf eine stillschweigende Äußerung des Willens schließt.

Mag man auch die sogen. Eigenrechtstheorie für richtig halten und den Testamentsvollstrecker als den Inhaber eines

---

[1]) RG. a. a. O. S. 142, 143.

[2]) Ebenso: RG. Bd. 58 S. 300.

[3]) So KG. sh. S. 91 Anm. 5 und KG. Bd. 9 S. 406, 407.

Amtes und nicht als Vertreter ansehen, eine Auffassung, die ohne Zweifel der dem Testamentsvollstrecker im Rahmen des Gesetzes eingeräumten Stellung am besten gerecht wird, so schließt dies die Anwendbarkeit des § 181 doch nicht aus.

Es ist schon hervorgehoben worden, daß § 181 nicht notwendig ein Stellvertretungsverhältnis erfordere, es vielmehr genüge, wenn ein der Stellvertretung ähnliches Rechtsverhältnis vorliegt. Eine Ähnlichkeit der Stellung des Testamentsvollstreckers mit der des direkten Stellvertreters kann aber nicht geleugnet werden. Schon die beiden wichtigsten Berührungspunkte sprechen dafür: Beide handeln in fremdem Interesse [1]) und ihre Handlungen wirken unmittelbar gegen bestimmte Personen.

Es sei ferner hingewiesen auf § 779 Abs. 2 ZPO., wo der Testamentsvollstrecker, der den Nachlaß zu verwalten hat, als nach § 2213 BGB. zur Vertretung der Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern berechtigt angesehen wird. [2]) Nach § 327 ZPO. wirkt das Urteil, welches zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht ergeht, für und gegen die Erben. Beide Bestimmungen deuten auf ein Vertretungsverhältnis hin.

Vor allem aber spricht für die Anwendung des § 181 auf den Testamentsvollstrecker die Erwägung, daß der vom Gesetze durch die Schaffung der Vorschrift verfolgte Zweck beim direkten Stellvertreter und Testamentsvollstrecker, sowie diesem ähnlichen Personen, wie dem Konkursverwalter, Nachlaßpfleger in gleicher Weise zutrifft. Die Gefahr einer Interessenverletzung liegt bei letzteren ebenso vor wie bei ersterem. Unsere Auffassung steht also im Einklange mit der ratio legis.

Es werden sich nun folgende beiden Möglichkeiten ergeben, bei denen das Selbstkontrahieren des Testamentsvollstreckers in die Erscheinung treten kann: Eine Person wird von zwei Erblassern zum Testamentsvollstrecker ernannt und nimmt Rechts-

[1]) Es liegt die Annahme näher, daß der Testamentsvollstrecker in erster Linie im Interesse der Erben tätig wird und nicht, wie einige wollen, im Interesse des Erblassers.

[2]) Sh. Denkschrift zur ZPO. Nov. Begründung zu § 693.

wirkungen vor zwischen den beiden Erbmassen oder sie ist von einem Erblasser berufen und stellt Rechtsbeziehungen her zwischen seinem eigenen Vermögen und dem seiner Verwaltung unterliegenden Nachlasse. Da nach § 1942 die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers auf die Erben übergeht und nach § 2032 der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben wird, muß man als Repräsentanten, als Eigentümer des Nachlasses, die Gesamtheit der Erben auffassen. Wenn daher der Testamentsvollstrecker ein Rechtsgeschäft zwischen seinem Vermögen und der Erbschaft im Wege des Selbstkontrahierens vornimmt, also z. B. einen Nachlaßgegenstand an sich selbst veräußert, so muß dieses Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Erbengemeinschaft als abgeschlossen gelten.

Wie verhält es sich nun, wenn der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung zwischen den Erben bewirkt? Das Reichsgericht scheint anzunehmen, daß § 181 schon aus dem Grunde nicht auf den Testamentsvollstrecker passe, „weil dieser gar kein Rechtsgeschäft mit den Erben vornehme, wenn er die Auseinandersetzung herbeiführe, sondern nur den Willen des Erblassers vollstrecke und von dem der Erben unabhängig sei". Allerdings wird man kaum von einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte sprechen können, das der Vollstrecker mit den Erben vornimmt. Denn der Testamentsvollstrecker übt seine Befugnisse, was unbestritten ist,[1]) vor allem bei der Auseinandersetzung, ohne Rücksicht auf den Willen der Erben aus und kann auch nicht durch ihren übereinstimmenden Willen gebunden werden. Freilich bedarf er der Mitwirkung der Erben — sie müssen die Nachlaßgegenstände in Empfang, bei Zuteilung von Grundstücken die Auflassung entgegen nehmen —, versagen sie aber diese Mitwirkung, so gilt dennoch die Auseinandersetzung als bewirkt, wenn die gesetzlichen Vorschriften und der Wille des Erblassers beobachtet sind.[2]) Die Erben haben daher lediglich eine passive Stellung. Nur der Testamentsvollstrecker handelt, aber gegenüber den Erben, denen er seinen Willen kund geben

[1]) Sch. RG. Bd. 56 S. 330 Bd. 59, S. 365.

[2]) Andernfalls können sie nur im Klagewege anderweitige Auseinandersetzung verlangen. BGB. RG. II Anm. 2 zu § 2204.

muß. Die Bewirkung der Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker stellt sich daher dar als ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das ebenfalls unter § 181 fällt. Ist der Vollstrecker nun Miterbe und teilt er sich selbst einen Nachlaßgegenstand zu, so schließt er ein solches Rechtsgeschäft mit sich selbst ab.

Im Rahmen der oben angegebenen Möglichkeiten kann nun der Testamentsvollstrecker im Wege des Selbstkontrahierens Rechtsgeschäfte mit sich selbst vornehmen, wenn es ihm gestattet ist oder das Rechtsgeschäft in der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Der letztere Fall wird die Regel bilden, wenn dieselbe Person von zwei Erblassern zum Testamentsvollstrecker ernannt ist; denn es ist kaum denkbar, daß eine Gestattung durch beide Erblasser erfolgt; höchstens bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes könnte dies zutreffen.

Die Gestattung des Selbstkontrahierens für den Testamentsvollstrecker muß ausgehen von dem Erblasser, von dem er seine Befugnisse herleitet. Nach den im allgemeinen Teil erörterten Grundsätzen kann sie aber auch stillschweigend erfolgen. Eine solche wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn der Erblasser einen Miterben zum Vollstrecker ernannt hat. Denn der Erblasser hat vorausgesehen, daß der Vollstrecker in die Lage kommen wird, in seinem Interesse tätig zu werden, als er ihn berief. Wenn dieser daher bei der Auseinandersetzung Geschäfte mit sich selbst abschließt, so geschieht dies mit Einwilligung des Erblassers.

Wir kommen also, wenn auch auf einem andern Wege, zu demselben Ergebnisse wie das Reichsgericht; und doch erscheint uns die hier vertretene Ansicht zutreffender.

Wenn ein zum Testamentsvollstrecker ernannter Miterbe sich selbst ein Nachlaßgrundstück aufläßt, so liegt nach der Auffassung des Reichsgerichts der Fall einer eigentlichen Interessenkollision nicht vor; liege ein solcher Fall vor, dann könne der Testamentsvollstrecker überhaupt nicht verfügen, gleichviel ob er Miterbe sei oder nicht. Das Reichsgericht — und ebenso das Kammergericht — gehen von dem Grundsatze aus, daß im Falle eines Interessenwiderstreits der Testamentsvollstrecker über-

haupt nicht tätig werden könne. Diese Ansicht verleitet das Reichsgericht einen Interessengegensatz als nicht vorhanden anzunehmen, während alle Umstände dafür sprechen, daß tatsächlich ein solcher vorliegt.

Denn wenn auch in dem hier in Frage kommenden Falle nur die Rede davon ist, daß der Testamentsvollstrecker als Miterbe ein ihm zugeteiltes Nachlaßgrundstück an sich selbst aufläßt, so muß man doch berücksichtigen, daß er selbst es war, der das Grundstück sich zugeteilt hat. Freilich haben die übrigen Miterben davon Kenntnis erhalten und die Zuteilung genehmigt. Ist diese Tatsache aber geeignet, den Interessengegensatz auszuschließen? Der Testamentsvollstrecker ist, wie erwähnt, bei Vornahme der Auseinandersetzung von den Erben völlig unabhängig, wenn diese auch gegen eine unrechtmäßige Teilung Einspruch erheben können. Immerhin steht ihm die Möglichkeit offen, mehr zu seinen als zugunsten der Miterben zu handeln, sich selbst also ein besseres oder größeres Stück von dem Nachlaßgrundstücke zuzuteilen und aufzulassen, wenn die Erben sich damit zufrieden geben, indem sie entweder ihre Benachteiligung nicht merken oder daraus keine Rechte herleiten wollen. Kann und muß man aber mit dieser Möglichkeit rechnen, so liegt ein Interessengegensatz zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker vor.

Wollte das Reichsgericht daher seinen Grundsatz folgerichtig durchführen, so dürfte es nicht zulassen, daß der Testamentsvollstrecker den auf ihn entfallenden Anteil am Nachlaßgrundstücke an sich selbst aufläßt. Folgt man aber der hier vertretenen Ansicht, so kommt es auf einen Interessenwiderstreit zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker nicht an, da ihm das Selbstkontrahieren auch für den Fall gestattet ist, daß ein solcher vorhanden ist.[1] [2])

[1]) Für den Fall, daß zwei Testamentsvollstrecker ernannt sind, halten wir auch die S. 152 angegebene Auffassung des Reichsgerichts für anwendbar.

[2]) Die eben entwickelten Grundsätze werden entsprechend auf den Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Nachlaßverwalter, die eine ähnliche Stellung wie der Testamentsvollstrecker haben, anzuwenden sein.

§ 28.

IV. Schlußwort.

Im Verlaufe unserer Untersuchung haben wir zwei Fälle feststellen können, in denen eine Abänderung des geltenden Rechts über die Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst in dem Sinne einer weiteren Ausdehnung der Befugnis zum Selbstkontrahieren angebracht erscheint und befürwortet wird. In dem einen handelt es sich um ein unechtes Selbstkontrahieren, die Möglichkeit der Begründung einer Eigentümerdienstbarkeit, in dem andern um ein echtes Selbstkontrahieren, die Berechtigung des für mehrere Minderjährige bestellten gemeinsamen Vormundes zwischen diesen auch solche Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen.

Abgesehen von diesen beiden Fällen haben wir gesehen, daß die Vorschrift des § 181 sich im Rechtsleben durchaus bewährt, da eine sachgemäße Anwendung des Gesetzes es ermöglicht, den beiden Ausnahmen von dem Verbote des § 181 ein weites Anwendungsgebiet zu sichern. Vor allem führt dazu die jetzt vom Reichsgericht und auch sonst in der Rechtsprechung sowie in der Literatur vorherrschend vertretene Auffassung, daß ein gegen § 181 verstoßendes Rechtsgeschäft nicht Nichtigkeit, sondern nur Unwirksamkeit begründe und daher durch die Genehmigung des Vertretenen bezw. der beiden Vertretenen wirksam werden könne, wodurch das Selbstkontrahieren auch auf die Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar ist.

Ferner wird sich für viele Fälle die Berechtigung zum Selbstkontrahieren aus dem zwischen zwei Personen bestehenden Schuldverhältnisse folgern lassen. Denn die Vertretungsbefug-

nis, die Voraussetzung zum Selbstkontrahieren, kann auf den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen, z. B. einem Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag beruhen und wird sich oft aus der Art der zwischen den Vertragsparteien begründeten Rechtsbeziehungen ergeben, ohne daß sie ausdrücklich erteilt zu sein braucht. So wird man den Schuldner, der eine Leistung nicht persönlich an den Gläubiger bewirken kann, als vom Gläubiger ermächtigt ansehen müssen, als dessen Vertreter alle Maßnahmen und Handlungen vorzunehmen, die geeignet sind, sich der ihm obliegenden Leistungspflicht zu entledigen. Daraus folgt für ihn nach § 181 das Recht, die Erfüllung der Verbindlichkeit im Wege des Selbstkontrahierens vorzunehmen. Das Gleiche gilt von einer Gegenleistung des Gläubigers.

Diese Ansicht, die den im Handel und Verkehr herrschenden Anschauungen und dem Grundsatz von Treu und Glauben entspricht und auch in Entscheidungen des Reichsgerichts zum Ausdruck kommt,[1]) wird vor allem Bedeutung erlangen, wenn die Leistungspflicht in einer Eigentumsverschaffung besteht, die dann im Wege des Selbstkontrahierens durch die die tatsächliche Übergabe ersetzenden Übertragungsakte des constitutum possessorium und der brevi manu traditio erfolgen kann.

Während so die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf der einen Seite dem erlaubten Selbstkontrahieren weite Grenzen zieht und den Anforderungen der Praxis durchaus entspricht, hält sie sich auf der andern Seite in zu engen Schranken und steht nicht mit den Bedürfnissen des Lebens im Einklange.

Es sei nur erinnert an die beiden Entscheidungen, daß der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der sämtliche Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigt hat, ein Rechtsgeschäft mit sich selbst nicht abschließen könne, und — das gilt auch für das Kammergericht — daß § 181 auf den Testamentsvollstrecker nicht anwendbar sei.

Uns erscheint es richtiger, derjenigen von zwei Rechtsauffassungen den Vorzug zu geben, die größeren Anspruch auf praktische Brauchbarkeit hat und in höherem Maße mit dem

---

[1]) Sh. S. 19, 36.

Rechtsbewußtsein des Volkes übereinstimmt, wenn sie sich auch schwerer aus dem Gesetze ableiten läßt. Wenn wir uns von diesem Grundsatze bei Anwendung des § 181 leiten lassen, so wird die Rechtsprechung auch in der Frage des Selbstkontrahierens dem in jüngster Zeit mit großem Nachdruck aufgestellten Verlangen[1]) entsprechen: „Die Gesetzesauslegung soll keine philologische Tätigkeit und Paragraphenentzifferung sein, sondern eine Anpassung an die Forderungen des praktischen Lebens. Es kommt nicht darauf an, daß sich aus dem Gesetze etwas herauslesen läßt, sondern darauf, daß das Ergebnis der Auslegung brauchbar ist."

[1]) „Aufruf zur Rechtsreform" von namhaften Juristen erlassen: Sh. Frankfurter Zeitung Nr. 355 vom 24. Dezember 1910.

Lebenslauf.

Georg Johann Heinrich Marx mit Namen, geboren am 7. Januar 1885 in Kostenthal, Kreis Kosel O.-S., Sohn des Gutsbesitzers Franz Marx in Schwesterwitz O.-S. und seiner Ehefrau Anna geb. Kloesel, Preuße, katholisch, besuchte ich zunächst die Volksschule, hierauf von Ostern 1895 bis Ostern 1898 die höhere Knabenschule zu Ober-Glogau und dann das Kgl. Gymnasium zu Neustadt O.-S., das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Nachdem ich an den Universitäten Heidelberg (1 S.), München (1 S.), Bonn (1 S.), Breslau (3 S.), Rechts- und Staatswissenschaften studiert hatte, bestand ich am 17. Juli 1907 die erste juristische Staatsprüfung und am 29. Juli 1907 die mündliche Doktorprüfung. Am 12. August 1907 wurde ich als Referendar beim Kgl. Amtsgericht in Polkwitz vereidigt. Meine weitere Ausbildungszeit brachte ich beim Kgl. Landgericht und der Staatsanwaltschaft in Hirschberg i. Schles. zu, wurde hierauf bei einem Rechtsanwalt in Berlin, sowie beim Kgl. Amtsgericht in Wiesbaden beschäftigt und bin jetzt beim Kgl. Oberlandesgericht in Breslau tätig.